

UNIVERSIDADE DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO



FACULDADE DE DIREITO

UNIVERSIDADE DE LISBOA

DECLARAÇÕES ANTECIPADAS DE VONTADE

Carlos Alberto Ormonde Sousa dos Santos

**Dissertação de Mestrado em Direito, ramo de
Ciências Jurídicas**

2016

UNIVERSIDADE DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO



FACULDADE DE DIREITO

UNIVERSIDADE DE LISBOA

DECLARAÇÕES ANTECIPADAS DE VONTADE

Carlos Alberto Ormonde Sousa dos Santos

**Dissertação de Mestrado em Direito, ramo de
Ciências Jurídicas**

**Dissertação orientada pela Senhora Professora Doutora Maria Raquel Aleixo
Antunes Rei**

2016

*“(R)eclama o direito de dispores de ti, concentra e aproveita todo o tempo que até agora te era roubado, te era subtraído, que te fugia das mãos”, uma vez que “nada nos pertence, Lucílio, só o tempo é mesmo nosso”*¹

¹ Lúcio Aneu Séneca, *Cartas a Lucílio*, trad. do latim por J.A. Segurado e Campos, feita com base na edição de Oxford University Press de 1965, 2ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, p.1, *apud* Helena Pereira de Melo e Teresa Pizarro Beleza, *Uma vida digna até à morte: cuidados paliativos do direito português*, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Volume IV, *Studia Iuridica* 101, Ad Honorem – 5, Universidade de Coimbra, Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra Editora, 2010, p.683.

À memória do meu Pai, Alberto e à minha Mãe, Maria de Lourdes.

À minha Mulher, Adelina.

Aos meus Filhos, Bráulio, Carolina e Maria Daniela.

Resumo

As declarações antecipadas de vontade em matéria de cuidados de saúde foram recentemente consagradas no ordenamento jurídico positivo português, nomeadamente através da publicação da Lei nº25/2012.

Incluem o denominado testamento vital e a procuração de cuidados de saúde. O seu conteúdo convoca questões relacionadas com os direitos de personalidade e a possibilidade da sua limitação, os direitos fundamentais, a relevância da vontade pessoal e da sua actualidade, a questão do consentimento (e dissentimento) informado e da capacidade para consentir (ou dissentir), o princípio da dignidade da pessoa humana, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade humana, a liberdade de consciência, religião e culto, a problemática em torno do direito à vida, entre outras.

O regime legal português sobre as declarações antecipadas de vontade em matéria de cuidados de saúde necessita, pois, de ser analisado criticamente, à luz de tais institutos e conceitos.

Palavras-chave: declarações antecipadas de vontade / directivas / testamento vital / procuração para cuidados de saúde / direitos de personalidade / direitos fundamentais / limitação / renúncia / dignidade da pessoa humana / personalidade humana / liberdade / consciência / autonomia

Abstract

The advance healthcare directives have recently been enshrined in positive Portuguese legal system with the publication of the Law no. 25 / 2012.

They include the so-called living will and power of attorney for health care. Its content summons questions relating to personal rights and the possibility of limiting the fundamental rights, the importance of personal will and its present, the issue of informed consent (and dissent) and the capacity to consent (or dissent), the principle of human dignity, the right to free development of human personality, freedom of conscience, religion and worship, the problems surrounding the right to life, among others.

The Portuguese legal framework on advance healthcare directives therefore needs to be reviewed in the light of such legal institutes and concepts.

Keywords: advance healthcare directives / directives / living will / power of attorney for health care / personal rights / fundamental rights / limitations / resignation / human dignity / human personality / freedom / freedom of conscience / autonomy

Abreviaturas

BGB – Burgerliches Gezetzbuch

CC – Código Civil

CDHB - Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina

CP – Código Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

DAV – Directiva Antecipada de Vontade

n. – nota

p. – página

pp. – páginas

PSDA - Patient Self Determination Act

RENTEV – Registo Nacional do Testamento Vital

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

ÍNDICE GERAL

CAPÍTULO I - INTRODUÇÃO

1. Considerações preliminares: delimitação do tema e do objecto de estudo.
2. Razão de ordem (metodologia)

CAPÍTULO II – AS DECLARAÇÕES ANTECIPADAS DE VONTADE EM MATÉRIA DE CUIDADOS DE SAÚDE

1. Conceito e opção terminológica
2. Breve excuroso histórico
3. Espécies
4. Distinção de figuras afins
5. Enquadramento na doutrina do consentimento informado para o acto médico
6. Bens jurídicos protegidos
7. O consentimento informado como requisito para a prática do acto médico
 - 7.1. A relação médico-paciente
 - 7.2. Os deveres de esclarecimento e de obtenção do consentimento
 - 7.2.1. Dever de esclarecer
 - 7.2.2. Privilégio terapêutico e outras situações de recusa ou redução do esclarecimento
 - 7.2.3. Dever de obter o consentimento
 - 7.2.4. O direito a não saber
8. O dissentimento informado

CAPÍTULO III – AS DECLARAÇÕES ANTECIPADAS DE VONTADE E OS DIREITOS DE PERSONALIDADE

1. Direitos de personalidade e direitos fundamentais
2. Tópicos de argumentação
 - 2.1. O Direito Civil e os dados pré-legais (a Natureza das Coisas)
 - 2.2. Princípios fundamentais do Direito Civil
 - 2.3. O fundamento ético dos direitos de personalidade
 - 2.4. Características dos direitos de personalidade
 - 2.5. Limitações voluntárias aos direitos de personalidade
 - 2.5.1. Limitações voluntárias, conformação do objecto do direito pelo seu titular e não exercício do direito: distinção
 - 2.5.2. Limitações voluntárias aos direitos de personalidade

CAPÍTULO IV – A RELEVÂNCIA DA VONTADE

1. Vontade, liberdade, autodeterminação e autonomia
2. Precisão de conceitos
3. Manifestações e níveis de incidência da autonomia
4. Sequência: limites

5. A crise da autonomia da vontade: uma perspectiva funcional
6. Autonomia da vontade, disponibilidade e possibilidade de consentimento

CAPÍTULO V – CONSENTIMENTO E DISSENTIMENTO

1. Figuras de disponibilidade em que releva a vontade do titular do direito
2. Consentimento (acordo) e dissentimento: natureza jurídica e estatuto dogmático
 - 2.1. O contributo do Direito Penal
 - 2.2. Sequência: o Direito Civil
3. Limitações do exercício do direito
 - 3.1. Considerações preliminares
 - 3.2. As diversas espécies de consentimento
 - 3.3. Desenvolvimento
 - 3.4. O Código Civil de Macau e o novo Código Civil brasileiro: breves notas
4. A relevância dos bens jurídicos em presença
5. A declaração de limitação voluntária e o consentimento informado
6. Revogabilidade das limitações voluntárias (*rectius*, do consentimento e do dissentimento): fundamento, regime e consequências

CAPÍTULO VI – LIMITES AO CONSENTIMENTO E DISSENTIMENTO

1. Lei, ordem pública e bons costumes
2. Actuação contrária às boas práticas
3. Morte não natural e evitável
4. O princípio da dignidade da pessoa humana
 - 4.1. Consagração
 - 4.2. Multifuncionalidade
 - 4.3. Densificação do conceito
 - 4.4. A dignidade da pessoa humana como axioma
 - 4.5. Dignidade e autonomia
5. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade
 - 5.1. Consagração
 - 5.2. Dimensões
 - 5.3. Desenvolvimento
6. Liberdade de consciência, de religião e de culto
7. Diversidade e multiculturalismo
8. O princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso
9. A questão do direito à vida

CAPÍTULO VII – CAPACIDADE PARA CONSENTIR E DISSENTIR

1. Novo ramo da capacidade de exercício
 - 1.1. Justificação
 - 1.2. Distinção de figuras afins
 - 1.3. Estrutura do conceito
2. Consequências: o caso particular dos menores

- 2.1. Considerações gerais
- 2.2. Limitações à capacidade de exercício: o menor enquanto incapaz
- 2.3. Suprimento da capacidade de exercício do menor: as responsabilidades parentais como fórmula paradigmática de suprimento
- 2.4. A crescente autonomia do menor: as ‘maioridades especiais’
- 2.5. Autonomia do menor e tratamento médico
- 2.6. O menor sem capacidade
- 2.7. Direito a veto e co-consentimento
- 2.8. Recusa de tratamento médico e tratamento alternativo
3. Conclusão quanto à capacidade para consentir e dissentir nas declarações antecipadas de vontade

CAPÍTULO VIII – A QUESTÃO DA ACTUALIDADE DA VONTADE DO DECLARANTE

1. Colocação do problema e teses em confronto
2. Posição adoptada

CAPÍTULO IX - O REGIME LEGAL DAS DECLARAÇÕES ANTECIPADAS DE VONTADE EM MATÉRIA DE CUIDADOS DE SAÚDE

1. A Lei nº 25/2012 de 16 de Julho: aspectos gerais e antecedentes
2. Declarações Antecipadas de Vontade: requisitos legais
3. A possibilidade de representação legal: procurador e procuração de cuidados de saúde
 - 3.1. Considerações gerais
 - 3.2. Procurador de cuidados de saúde: representante ou nuncio?
4. Registo Nacional de Testamento Vital

CAPÍTULO X – DECLARAÇÕES ANTECIPADAS DE VONTADE EM MATÉRIA DE CUIDADOS DE SAÚDE – PRECISÃO DE CONCEITOS E NATUREZA JURÍDICA

1. O “testamento vital”: natureza jurídica
2. Sequência: proposta de alteração terminológica

CAPÍTULO XI – NOTAS CRÍTICAS SOBRE O REGIME LEGAL PORTUGUÊS DAS DECLARAÇÕES ANTECIPADAS DE VONTADE EM MATÉRIA DE CUIDADOS DE SAÚDE

CAPÍTULO XII - CONCLUSÕES

CAPÍTULO I – INTRODUÇÃO

1. Considerações preliminares: delimitação do tema e do objecto de estudo.

O bizarro contrato² entre o mercador e o judeu, na célebre ficção de Shakespeare, “O mercador de Veneza”, a ter-se celebrado na vida real, suscitaria nos nossos dias, não apenas questões relacionadas com a teoria dos contratos, mas igualmente problemas de índole ética e de admissibilidade de limitações a direitos de personalidade. Mas, sobretudo, convocaria ao debate o princípio da dignidade da pessoa humana. Este é um "tema difícil", para usar a expressão de Javier Hervada³.

Ora, os enunciados problemas (para além de muitos outros de grande relevância, como a problemática da autonomia da vontade) surgem igualmente no âmbito do consentimento informado para o acto médico, que, por sua vez, traz à colação o chamado ‘testamento vital’ (directivas antecipadas de vontade em matéria de cuidados de saúde).

A ampliação dos limites da expectativa da vida humana nas modernas sociedades, tem implicado diversas consequências antropológicas, sociológicas, religiosas, jurídicas e éticas⁴. O prolongamento da expectativa de vida não se tem verificado apenas face à notória melhoria das condições sanitárias, alimentares ou educacionais, mas deve-se igualmente à crescente evolução tecnológica e científica dos tratamentos médicos disponíveis⁵.

Este alargamento da esperança de vida humana, potenciado pela reinvenção das *ars medica*, coloca em crise uma certa noção de “medicalidade” e abre caminho ao projecto dos transumanistas de abolir, não apenas a doença e o envelhecimento, mas a própria

² Para garantia do cumprimento, o mercador aceitara consentir em que o credor cortasse uma libra de carne de qualquer parte do seu corpo. Acabou por fugir ao compromisso, com o argumento de que dera de garantia a sua carne e não o seu sangue, que não poderia em caso algum ser derramado.

³ *Pueblo cristiano y circunscripciones eclesísticas*, Pamplona, Navarra Gráfica, 2003, p. 45, *apud* Ilva M. Hoyos, *De la dignidad humana como excelencia del ser personal, el aporte de Javier Hervada*, in *Persona y Derecho*, Universidad de Navarra, Facultad Derecho, N.52, Pamplona, 2005, p.96.

⁴ Por exemplo, conceber a indissolubilidade do vínculo matrimonial para pessoas com expectativa de vida de cerca de 40 anos, como de dava no início do século XX, é algo bem diferente quando a existência humana se pode prolongar até ao 80 ou 90 anos.

⁵ A chamada “parafernália do complexo médico-industrial”, na expressão de João Carlos Loureiro, *Bios, Tempo(s) e Mundo(s): Algumas Reflexões sobre Valores, Interesses e Riscos no Campo Médico*, in *Studia Iuridica*, 101, Ad Honorem – 5, Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Figueiredo Dias, Volume IV, Coimbra Editora, 2010, p. 489.

morte, numa tentativa de “mudar radicalmente o arco temporal da experiência humana”⁶. SARAMAGO já ficcionou sobre essa possibilidade e sobre as suas consequências⁷.

Por outro lado, a sobrevivência – no sentido de considerável aumento da expectativa de vida⁸ – de seres humanos em condições de profunda diminuição (física, mental), pode levar a concluir que “há um estar sem estar, um viver sem viver”⁹ o que, por sua vez suscita novos problemas em termos de justiça distributiva na repartição de cuidados de saúde e parece dar “novo fôlego” à discussão, no plano filosófico, em torno de “um novíssimo dever de morrer”¹⁰.

Seja como for, a importância crescentemente assumida pela vontade (autonomia, autodeterminação) do paciente¹¹, coloca a questão de saber o que valem as denominadas directivas (ou declarações) antecipadas de vontade, no âmbito do exercício de uma autonomia prospectiva. Não se esquecem, contudo, as críticas de que têm sido alvo as 'distorções individualistas'¹² que se apontam a algumas das visões sobre esta temática.

Se, por um lado, o Direito não pode ignorar uma série de conhecimentos científicos (*in casu*, a ciência médica)¹³, não pode deixar à ciência a resolução de questões que são

⁶ *Idem*, p. 486.

⁷ José Saramago, *As Intermittências da Morte*, Porto Editora, 2014: “No dia seguinte ninguém morreu. O facto, por absolutamente contrário às normas da vida, causou nos espíritos uma perturbação enorme, efeito em todos os aspectos justificado, basta que nos lembremos de que não havia notícia nos quarenta volumes da história universal, nem ao menos um caso para amostra, de ter alguma vez ocorrido fenómeno semelhante, passar-se um dia completo, com todas as suas pródigas vinte e quatro horas, contadas entre diurnas e nocturnas, matutinas e vespertinas, sem que tivesse sucedido um falecimento por doença, uma queda mortal, um suicídio levado a bom fim, nada de nada, pela palavra nada”.

⁸ “Hoje vive-se melhor por mais tempo. Mas hoje também se demora muito mais tempo a morrer”, lembra Inês Fernandes Godinho, *Eutanásia, Homicídio a Pedido da Vítima e os Problemas de Participação em Direito Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2015, p.32.

⁹ Sobre esta realidade e a necessidade de “permitir uma morte humana e digna”, v. Helena Pereira de Melo e Tereza Pizarro Beleza, *Uma vida digna até à morte: cuidados paliativos no direito português*, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Volume IV, Studia Iuridica 101, Ad Honorem – 5, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp.665-683.

¹⁰ *Idem*, pp. 489, 506, 507.

¹¹ Com a passagem de um denominado Estado de verdade a um Estado respeitador da consciência – *Idem*, p. 507.

¹² A expressão é de Oliveira Ascensão, *Pessoa, Direitos Fundamentais e Direito da Personalidade*, in Revista Mestrado em Direito, Osasco, Ano 6, N.1, 2006, pp. 145, 146.

¹³ Os recentes progressos biotecnológicos forçaram o reconhecimento dos chamados biodireitos, lembra Vera Lúcia Raposo, *Biodireitos: the new kids on the juridical playground*, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, Volume III, Direitos e Interconstitucionalidade: entre Dignidade e Cosmopolitismo, Coimbra Editora, 2012, p.811.

manifestamente jurídicas, “como se a pessoa não fosse uma categoria axiológica, ainda que com pontes ontológicas”¹⁴.

O propósito do presente estudo é o de abordar a problemática das declarações (ou directivas) de vontade, através das quais uma pessoa manifesta antecipadamente a sua vontade no que diz respeito aos cuidados de saúde que deseja, ou não deseja, receber, no caso de, em momento futuro, se encontrar incapaz de expressar a sua vontade, *i.e.*, o seu consentimento ou dissentimento quanto a cuidados de saúde.

A incursão em tal temática centrar-se-á no regime legal vigente em Portugal, dada a extensão que o seu tratamento exigiria, caso se ousasse ultrapassar as fronteiras nacionais.

2. Razão de ordem (metodologia)

Apetece dizer, com OLIVEIRA ASCENSÃO¹⁵, que “estamos colocados perante um grande estaleiro de obras”.

Seria pouco prudente iniciar o tema sem clarificar o que são as declarações antecipadas de vontade (DAV) em sede de cuidados de saúde, distinguindo-as de figuras afins, e enquadrando-as na doutrina do consentimento informado para o acto médico.

Incontornável nesta matéria é, no nosso entender, a intrínseca relação das declarações antecipadas de vontade com os direitos de personalidade¹⁶, o que convoca, naturalmente, a problemática das limitações voluntárias de que estes podem ser objecto (no âmbito do Direito Civil e dos princípios que o enformam).

A temática das declarações antecipadas de vontade suscita diversas questões, cujo melindre sugere que se fuja à tentação – eventualmente potenciada pelos fortes sentimentos que, a favor ou contra, tem o condão de suscitar – de propor soluções precipitadas.

De um lado, os rápidos e impressionantes progressos científicos, nomeadamente na medicina, proporcionam uma cada vez maior capacidade de diagnóstico de doenças e

¹⁴ João Carlos Loureiro, *op. cit.*, p. 494.

¹⁵ *A reserva de intimidade da vida privada e familiar*, Separata da revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Volume XLIII – nº. 1, Coimbra Editora, 2002, p. 20.

¹⁶ E com os denominados direitos fundamentais.

problemas de saúde, bem como um aumento considerável das terapias disponíveis¹⁷. De outro lado, as justificadas preocupações ético jurídicas, que enformam o personalismo ético¹⁸, fundamento de todo o Direito¹⁹.

Entendeu-se, pois, não ser possível tratar o tema, sem o contextualizar devidamente em alguns dos relevantes problemas que suscita e que exigem tomada de posição, deste modo convocando aquilo que possui melhor aptidão para criar tal ‘pano de fundo’: - a relevância da vontade; - o consentimento e o dissentimento, incluindo os limites impostos; - os contributos imprescindíveis para a compreensão dos limites das directivas antecipadas de vontade: princípio da dignidade da pessoa humana; - o direito ao desenvolvimento da personalidade; - o princípio da proporcionalidade; - a questão da diversidade e multiculturalismo; - a liberdade de consciência e religião; - a problemática do direito à vida; - a capacidade para consentir e dissentir.

A merecer tratamento autónomo, a questão da actualidade da vontade do autor da directiva antecipada de vontade, questão fundamental e que pode suscitar posições antagónicas.

Feitas tais referências e tomadas as respectivas opções, cumprirá abordar o regime legal vigente em Portugal das declarações antecipadas de vontade em matéria de cuidados de saúde e analisando a sua natureza jurídica

Finalmente, algumas notas críticas sobre diversos aspectos do regime legal português das directivas antecipadas de vontade²⁰.

¹⁷ Muito embora, em algumas áreas da medicina, o ritmo de capacidade de diagnóstico, não seja acompanhado pelo da descoberta das correspondentes terapias. É, por exemplo, o que se passa no campo das doenças genéticas.

¹⁸ Cfr. Paulo Otero, *Direito da Vida* (relatório sobre o programa conteúdos e métodos de ensino), Almedina, 2004, pp. 84-86.

¹⁹ Como, de forma esclarecida, aponta José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil, I, Teoria Geral, Volume I, (Introdução, As Pessoas, Os Bens)*, 2ª edição, Coimbra Editora, 2000, p. 20.

²⁰ Ao longo da presente dissertação, o signatário utilizou matéria e pesquisa por si realizada e obtida no âmbito de relatórios de mestrado de que é autor e que apresentou na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, a saber: *Limitações Voluntárias dos Direitos de Personalidade; Declarações Antecipadas de Vontade*.

CAPÍTULO II – AS DECLARAÇÕES ANTECIPADAS DE VONTADE EM MATÉRIA DE CUIDADOS DE SAÚDE

1. Conceito e opção terminológica

As declarações, ou directivas, antecipadas de vontade inserem-se no que alguma doutrina chama de 'figuras de autoprotecção jurídica da pessoa'²¹. No fundo, consistem em declarações – também no sentido de directivas, instruções - sobre os cuidados de saúde que alguém deseja, ou não, receber, declarações essas emitidas antecipadamente, *i.e.*, antes de, por algum motivo, ficar incapaz de expressar a sua vontade²².

A sua relevância é de tal monta que têm sido apelidadas de verdadeira "conquista civilizacional"²³.

Nos autores de língua portuguesa, as designações são múltiplas: testamento de paciente²⁴, testamento vital²⁵, testamento de vida²⁶, testamento em vida, cláusulas testamentárias sobre a vida²⁷, testamento biológico²⁸ ou de moribundo²⁹, declaração do paciente³⁰, directiva antecipada de tratamento³¹, documento volitivo relativamente a incapacidade futura³².

²¹ Terminologia utilizada, por exemplo, por Cristina López Sánchez, *Testamento Vital e Voluntad del Paciente (conforme a la Ley 41/2002, de 14 de Noviembre)*, Dykinson, Madrid, 2003, p.13.

²² Apresentando definições semelhantes, cf. Cristina López Sánchez, *op.cit.*, p. 27; Juan Carlos Siurana, *Voluntades Anticipadas - Una alternativa a la muerte solitaria*, Editorial Trotta, Madrid, 2005, pp. 37,38; Rui Nunes e Helena Pereira de Melo, *Testamento Vital*, Almedina, Coimbra, 2012, p.157; Pau Agulles Simó, *Revisando el llamado 'Testamento Vital'*, in Cuadernos de Bioética, XXI, Asociación Espanola de Bioética y Ética Médica, 2010, p.171.

²³ É a expressão utilizada por Rui Nunes e Helena Pereira de Melo, *op. cit.*, p.17.

²⁴ André Gonçalo Dias Pereira, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente, Estudo de Direito Civil*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito Biomédico (9), Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p.240, 250 e ss.

²⁵ Estudo Nº E/17/APB/10 da Associação Portuguesa de Bioética (em linha), (consultado em 15.05.2016), disponível em http://www.apbioetica.org/fotos/gca/1284923005parecer-testamento_vital.pdf.

²⁶ André Pereira, *op.cit.*, p.238.

²⁷ Parecer Nº p/05/APB/06 sobre directivas antecipadas de vontade, da Associação Portuguesa de Bioética (em linha), (consultado em 15.05.206), disponível em http://www.apbioetica.org/fotos/gca/12802556471148471346directivas_medicas_parecer_05.pdf.

²⁸ Luisa Neto, *O Direito Fundamental à Disposição Sobre o Próprio Corpo (a relevância da vontade na configuração do seu regime)*, Teses e Monografias 5, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Coimbra Editora, 2004, p.791.

²⁹ Benedita Mac Crorie, *Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, Almedina, Coimbra, 2013, p.304, n.1061.

³⁰ Ana Maria Espada Sobral, *O Testamento Vital: legalização da eutanásia?*, dissertação apresentada para a obtenção do grau de Mestre em Direito, Universidade Autónoma de Lisboa, Lisboa, Junho de 2004, p.61.

³¹ *Ibidem*.

³² *Ibidem*.

As declarações antecipadas de vontade em matéria de cuidados de saúde são denominadas de directivas na legislação nacional. Os autores portugueses parecem igualmente ter adoptado o termo *directivas*³³. É provável que isso se deva à utilização de termos equivalentes em outros países.

Assim, na literatura de língua inglesa que se dedica à sua análise, aparecem designadas como *advance directives*, na de língua francesa como *directives anticipées* ou *testament biologique*³⁴ e na de língua castelhana como *voluntades anticipadas*, *directrices anticipadas*, *directivas previas*, *directivas anticipadas*, *instrucciones previas*, *voluntades previas*, *manifestaciones anticipadas de voluntad*, *voluntades vitales anticipadas*, *expresión anticipada de voluntades*, *voluntad con carácter previo*³⁵.

Parece-nos, contudo, ser preferível denominá-las de declarações (declarações antecipadas de vontade em matéria de cuidados de saúde). Para sustentar esta opção convocamos as ideias que de seguida se expõem.

Ao que supomos, não existe no nosso ordenamento jurídico - nomeadamente em sede de Direito Civil - nenhuma figura, instituto ou termo, com carácter estritamente jurídico, denominado *directiva*. Razão pela qual só nos podemos socorrer do sentido comum da palavra: "instrução ou indicação fornecida por uma autoridade sobre a maneira de proceder em determinada situação ou tarefa"³⁶.

Por outro lado, assumimos supra a posição de que as denominadas *directivas antecipadas de vontade* em matéria de cuidados de saúde abrangem o chamado *testamento vital*, a *procuração de cuidados de saúde* e a *história de valores*.

Ora, a *história de valores* não contém nenhuma *directiva* ou *instrução*, mas apenas informações que poderão ser relevantes para entender plenamente e interpretar (e, eventualmente, preencher lacunas) a vontade do paciente.

Do mesmo modo, a *procuração* previsivelmente não conterá nenhuma *instrução*, mas tão só poderes representativos em matéria de cuidados de saúde. Crê-se razoável pensar que

³³ Assim, a título de exemplo: Rui Nunes e Helena Pereira de Melo, *op. cit.*, p. 157 *et passim*.

³⁴ *Prise de Position n° 17/2011* da Commission Nationale d'éthique pour la médecine humaine. (Em linha), (consulta em 15.05.2016) – Disponível em http://www.nek-cne.ch/fileadmin/nek-cne-dateien/Themen/Stellungnahmen/fr/NEK-CNE_Directives_Anticipées.pdf

³⁵ Da grande variedade de termos dão conta a maior parte dos autores. A título exemplificativo, v. Juan Carlos Siurana, *op.cit.*, pp.36,37.

³⁶ *Dicionário da Língua Portuguesa*, Porto Editora, Porto, 2008, p. 562.

tais instruções serão fornecidas ao procurador de outra forma, que não no próprio texto da procuração³⁷.

É certo que estas figuras como que giram à volta da ideia de decisões, de instruções, de directivas. Mas não se esgotam nessa ideia.

Ademais, não existe tradição jurídica no nosso País que imponha o uso do termo directiva ao conjunto das figuras em análise.

Seja qual for a posição que se assuma sobre a natureza jurídica do consentimento informado (e, portanto, das diversas manifestações do mesmo, incluindo o 'testamento vital, a procuração de cuidados de saúde, a história de valores), parece inegável que o conteúdo associado ao que Lei nº25/2012 designa por directivas antecipadas, tem inegáveis contornos de comportamento declarativo. Este, por sua vez, possui como características: - uma acção voluntária; - despoletadora de efeitos jurídicos associados pelo ordenamento ao comportamento declarativo de acordo com o respectivo sentido³⁸.

Estas características (de comportamento declarativo) estão presentes nas figuras objecto da presente dissertação. É, pois, juridicamente mais adequado serem denominadas declarações antecipadas de vontade em matéria de cuidados de saúde.

2. Breve excurso histórico

O denominado 'testamento vital' nasceu, literalmente, no ano de 1967 quando um advogado de Chicago, Luis Kutner utilizou a expressão "*living will*" num artigo publicado no Indiana Law Journal, em 1969, que se intitulava "Due Process of Euthanasia: The Living Will, a Proposal"³⁹.

Este tipo de documentos, relacionados com a temática do consentimento informado, tem a sua origem histórica nos julgamentos de Nuremberga, após a Segunda Guerra Mundial,

³⁷ Muito embora tal hipótese não possa ser absolutamente excluída.

³⁸ Maria Raquel Aleixo Antunes Rei, *Da Interpretação da Declaração Negocial no Direito Civil Português*, Tese de Doutoramento em Direito, ramo de Ciências Jurídicas, na especialidade de Direito Civil, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2010, p.11.

³⁹ Juana Teresa Betancor, *El Testamento Vital*, in Eguzkilore, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminologia, nº9, San Sebastián, 1995, p.98. V. ainda Estudo Nº E/17/APB/10 – Testamento Vital, da Associação Portuguesa de Bioética (Em linha), (consultado em 15.05.2016), disponível em http://www.apbioetica.org/fotos/gca/1284923005parecer-testamento_vital.pdf.

quando vieram à luz os horrores cometidos, nos campos de concentração, pelos médicos nazis, através das suas experiências ‘médicas’. Nesses julgamentos tornou-se evidente a necessidade de garantir a liberdade e, em geral, os direitos das pessoas sujeitas a experimentação médica. O Código de Nuremberga de 1947 gira em torno da ideia de ‘consentimento voluntário’ dos indivíduos.

Só, porém, cerca de dez anos mais tarde, a propósito do caso *Salgo vs. Stanford*, no Estado da Califórnia, é que começou a utilizar-se a expressão consentimento informado, ao decidir-se pelo direito do paciente à qualidade da informação e pelo dever do médico de a fornecer.

O conceito de consentimento informado – de que o ‘testamento vital’ é expressão – conheceria um momento decisivo na sua construção conceptual com a elaboração do chamado Relatório Belmont pela *National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Sciences*, a pedido do Congresso norte americano em 1974. O Relatório foi publicado em 1979 e dele constam recomendações sobre como abordar e resolver os problemas éticos suscitados pelas ciências biomédicas, ficando claro que só pode falar-se de respeito pela autonomia das pessoas no campo da investigação experimental se previamente for cumprido, quanto a elas, o requisito do consentimento informado.

Um ano depois da publicação do Relatório Belmont, Tom L. Beauchamp (que tinha sido membro da National Commission) e James F. Childress publicaram uma obra clássica, *Principles of Biomedical Ethics*, na qual abordaram os princípios éticos que consideram essenciais para resolver os problemas colocados pela ciência biomédica e que devem estar presentes no consentimento informado: autonomia, beneficência, não-maleficência e justiça.

Normalmente incontornável, quando se analisa o consentimento informado e as declarações antecipadas de vontade é o *Patient Self Determination Act* (PSDA) de 1990⁴⁰. Trata-se uma norma norte americana que obriga que unidades de tratamento médico dêem informações aos pacientes acerca dos seus direitos, nomeadamente relacionados com a possibilidade de elaborar directivas antecipadas de vontade, na forma de ‘testamento vital’ ou da procuração de cuidados de saúde. O PSDA, na parte de “regulações finais”, Secção

⁴⁰ Disponível em: <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/z?c101:H.R.4449.IH>: (consultado em 15.05.2016).

489.100, avança definições: “Para os propósitos desta parte, ‘directiva antecipada de vontade’ é uma instrução por escrito, tal como um testamento vital ou uma procuração para cuidados de saúde, reconhecida sob a lei estadual (...), em relação às provisões de cuidados de saúde no momento em que o paciente estiver incapacitado”⁴¹.

É, pois, neste contexto histórico que têm vindo a surgir as declarações antecipadas de vontade em matéria de cuidados de saúde e a sua regulamentação em diversos Países, como é o caso de Portugal.

3. Espécies

As declarações (ou directivas) antecipadas de vontade em sede de cuidados de saúde incluem tradicionalmente o chamado testamento vital (*living will*, na literatura de língua inglesa) e a nomeação de procurador de cuidados de saúde (*durable power of attorney* ou *health care proxy*, igualmente na literatura de língua inglesa).

O conceito de testamento vital coincide, na sua essência, com o da própria noção de directiva antecipada de vontade, a que se aludiu *supra*. Já o de procuração de cuidados de saúde pode coincidir (se, no texto da procuração, o outorgante inclui as directivas ou instruções) ou não totalmente (se, no texto da procuração, o outorgante não inclui as directivas ou instruções, tendo-as transmitido oralmente ao procurador).

Subscrevemos o conceito de declaração antecipada de vontade subjacente à noção constante do projecto de diploma nº P/06/APB/06 da Associação Portuguesa de Bioética, no qual se afirma que⁴²:

“O documento de directivas antecipadas de vontade é o documento no qual uma pessoa com plena capacidade de exercício de direitos:

- a) manifesta antecipadamente a sua vontade séria, livre e esclarecida no que concerne aos cuidados de saúde que deseja ou não receber no futuro, no caso de,*

⁴¹ Tradução livre. Locução original: “For the purpose of this part, ‘advanced directive’ means a written instruction, such as a living will of a durable power of attorney for health care, recognized under state law (whether statutory or as recognized by the courts of the State), relating to the provision of health care when the individual is incapacitated”.

⁴² (Em linha); (Consultado em 15.05.2016). Disponível em http://www.apbioetica.org/fotos/gca/12802554221200319873p_06_apb_06_testamento_vital.pdf

por qualquer causa, se encontrar incapaz de a expressar pessoal e autonomamente, e/ou,

b) atribui a outra(s) pessoa(s), voluntariamente, poderes representativos em matéria de cuidados de saúde para que aquela(s) os exerça(m) no caso de se encontrar incapaz de expressar pessoal e autonomamente a sua vontade”

Alguma doutrina - que aqui se subscreve - aponta ainda uma outra espécie (ou tipo) de directiva antecipada: a 'história de valores'⁴³, ou seja, uma declaração da pessoa contendo informação sobre os seus valores, convicções, visão do mundo, desejos e posturas. Esta 'história de valores' pode constar do próprio testamento vital, caso em que não há razão para a autonomizar. Mas, em bom rigor, não se vê impedimento em que conste de documento autónomo, distinto.

Importa reter que as directivas antecipadas de vontade em sede de cuidados de saúde são produto da consolidação do denominado consentimento informado, instituto jurídico complexo que se traduz num processo dinâmico de inter-relação entre o paciente e os prestadores de cuidados de saúde. Pressupõe que seja fornecida informação suficiente ao paciente e que este, devidamente esclarecido, consinta ou recuse o tratamento, de livre vontade, sem coacção ou vícios de vontade⁴⁴.

4. Distinção de figuras afins

A propósito das declarações antecipadas de vontade em matéria de cuidados de saúde, são normalmente trazidas à colacção as figuras da eutanásia, distanásia, ortotanásia, suicídio assistido e incitamento/ajuda ao suicídio.

Importa recordar conceitos e proceder às distinções respectivas.

A expressão “eutanásia” abarca diversas situações. Em termos gerais, o vocábulo tem o sentido etimológico de “boa morte” ou morte suave^{45 46}.

⁴³ V., por todos, Juan Carlos Siurana, *op. cit.*, pp. 37, 38.

⁴⁴ V. André Gonçalo Dias Pereira, *op. cit.*, pp. 129, 130.

⁴⁵ Do grego: *eu* (bem); *thanatos* (morte). V. Inês Fernandes Godinho, *Eutanásia, Homicídio a Pedido da Vítima...* *op.cit.*, p.226.

⁴⁶ Entre os povos primitivos era admitido o direito de matar doentes e velhos, através rituais desumanos. O povo espartano, por exemplo, atirava idosos e recém-nascidos deformados do alto do Monte Taijeto. Em

JOÃO LOUREIRO define-a como “o conjunto de acções (eutanásia activa) ou omissões (eutanásia passiva), praticadas por outrem que não o afectado, em regra por profissional(is) de saúde (máxime, médicos), visando provocar a morte, a seu pedido ou não, sendo esta conduta determinada pelo simples respeito pela autonomia ou por, no caso, se verificarem determinadas indicações, tradicionalmente a dor ou o sofrimento, de moribundo ou doente incurável”^{47 48}.

No entanto, têm sido propostas pela doutrina diversas definições, classificações e distinções, nem sempre coincidentes, mas que, para efeitos do presente estudo, podemos reconduzir a três modalidades⁴⁹: a activa directa (também denominada de positiva), quando se provoca a morte mediante drogas ou outros meios letais; a passiva (ou negativa), que consiste na eliminação dos meios que prolongam a vida; a activa indirecta (também chamada ortotanásia⁵⁰), quando se administram calmantes com o principal objectivo de aliviar a dor, mas cujo efeito colateral é o de apressar a morte.

Atenas, o Senado ordenava a eliminação de anciãos doentes, dando-lhes veneno (*conium maculatum*) em banquetes especiais. Já houve até mesmo quem afirmasse que os guardas judeus tinham o hábito de oferecer aos crucificados o vinho da morte ou vinho Moriam, contendo uma substância causadora de um sono profundo e prolongado, para que não mais sentissem as terríveis dores e caíssem em letargia, passando insensivelmente à morte. Os brâmanes eliminavam recém-nascidos defeituosos e velhos enfermos, por os considerarem inúteis aos interesses comunitários. Na Índia lançavam no Ganges os incuráveis, mas antes vedavam –lhes a boca e as narinas com lama sagrada. Na Antiguidade romana, Cícero afirmava (*De Legibus*, III, 8, 19) que era dever do pai matar filho disforme, e César, ao colocar seu polegar para baixo, autorizava a eutanásia, concedendo ao gladiador um modo de escapar da desonra e da morte com grande agonia. Os celtas matavam crianças disformes, velhos inválidos e doentes incuráveis – cf. Maria Helena Diniz, *O estado actual do biodireito*, 2ª ed., Saraiva, São Paulo, 2002, p.10.

⁴⁷ *Os rostos de Job: tecnociência, direito, sofrimento e vida*, in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. LXXX (2004), p. 165.

⁴⁸ Para alguma doutrina, devem considerar-se doentes terminais aqueles que têm uma doença incurável em fase irreversível, encontrando-se em estado de grande sofrimento (físico, psicológico e/ou espiritual) e com uma esperança de vida, fundamentada nos dados da ciência médica disponíveis, não superior a um ano – cf. António José dos Santos Lopes de Brito e José Manuel Subtil Lopes Rijo, *Estudo Jurídico da Eutanásia em Portugal, Direito Sobre a Vida ou Direito de Viver?*, Coimbra, Almedina, 2000, p. 23.

⁴⁹ Para mais desenvolvimentos, v., por exemplo: Vera Lúcia Raposo, *Directivas Antecipadas de Vontade: em busca da lei perdida*, in Revista do Ministério Público, 125: janeiro/março 2011, pp.182-194, que aqui se segue de perto; José António Saraiva Ferraz Gonçalves, *A Boa Morte: Ética no fim da vida*, dissertação de mestrado, Faculdade de Medicina da Universidade do Porto, Porto, 2006; Eliani Miranda, *Desejos Previamente Expressos - Artigo 9º da Convenção Sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina*, in Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 1, Nº1, Coimbra, 2004, pp. 70-79; António José dos Santos Lopes de Brito e José Manuel Subtil Lopes Rijo, *op. cit.*, p.25 e ss.

⁵⁰ Embora André Pereira considere sinónimas as expressões ‘eutanásia passiva’ e ‘ortotanásia’ – André Gonçalves Dias Pereira, *O Consentimento Informado na Relação Médico-paciente, Estudo de Direito Civil*, *op. cit.*, p.519.

A maior parte da doutrina equipara, em sede de eutanásia, a acção e a omissão, atribuindo-lhes igual relevância em termos de nexo causal com a morte⁵¹.

Há quem defenda que a eutanásia indirecta não deve considerar-se verdadeira eutanásia, sugerindo uma classificação distinta entre eutanásia directa (pretende-se que a morte sobrevenha) de eutanásia indirecta (quer-se minorar a dor, embora sabendo que com isso se pode encurtar a vida do moribundo) e, por outro lado, eutanásia agónica (quando a morte é provocada num doente terminal, por forma a que não sofra mais) da eutanásia de duplo efeito (que se traduz num aceleração da morte como consequência indirecta da administração de fármacos que visam aliviar a dor de um paciente terminal, podendo ter como efeito indesejado a morte)⁵².

O incitamento ou auxílio do suicídio consiste, como o próprio nome indica, em 'incitar outra pessoa a suicidar-se ou prestar-lhe ajuda para esse fim' (artigo 135º do Código Penal).

A distanásia consiste no prolongamento artificial do processo de morte, ainda que sabendo que, no estado actual da medicina, não é possível a cura do paciente ou sequer a melhoria do seu estado de saúde. Assim, distanásia, futilidade médica, obstinação terapêutica ou encarniçamento terapêutico são diferentes designações para denominar exactamente a mesma realidade: um conjunto de procedimentos terapêuticos com baixa probabilidade de reverter o estado em que se encontra o doente, bem como de poder sobreviver com qualidade de vida aceitável⁵³.

O Código Deontológico da Ordem dos Médicos⁵⁴ proíbe-a expressamente ao médico, no seu artigo 57º nº2, acrescentando no artigo 58º nº2 que “Nas situações de doenças avançadas e progressivas cujos tratamentos não permitem reverter a sua evolução natural, o médico deve dirigir a sua acção para o bem-estar dos doentes, evitando utilizar meios fúteis de diagnóstico e terapêutica que podem, por si próprios, induzir mais sofrimento,

⁵¹ Assim: Luísa Neto, *O Direito Fundamental à Disposição Sobre o Próprio Corpo... op. cit.*, p.783.

⁵² António José dos Santos Lopes de Brito e José Manuel Subtil Lopes Rijo, *op. cit.*, p.28.

⁵³ Cf. Amélia Rego e Sílvia Coelho, *Ponderação sobre a qualidade de vida e a liceidade moral para deixar morrer*, in *Revista Portuguesa de Bioética*, 13, 2011, p.81.

⁵⁴ Regulamento nº 14/2009, da Ordem dos Médicos, publicado no Diário da República nº8, II Série, de 11 de Janeiro de 2009.

sem que daí advenha qualquer benefício”. A dificuldade consiste em obter consenso em relação à definição do que seja fútil em termos de prestação de cuidados de saúde⁵⁵.

5. Enquadramento na doutrina do consentimento informado para o acto médico

A ordem jurídica reconhece uma considerável autonomia aos indivíduos, tutelando o próprio corpo humano, em termos de consagração do “poder natural de autodeterminação de cada homem sobre o seu (...) corpo”⁵⁶.

Ora, através deste são protegidos “não apenas o conjunto corporal organizado mas inclusivamente os múltiplos equipamentos anatómicos que integram a constituição físico-somática e o equipamento psíquico do homem bem como as relações fisiológicas decorrentes da pertença de cada um desses elementos a estruturas e funções intermédias e ao conjunto do corpo, nomeadamente quando se traduzem num estado de saúde físico-psíquica”⁵⁷.

Estamos, pois, no domínio da personalidade humana enquanto bem juridicamente tutelado e, por consequência no domínio dos direitos de personalidade (ou do direito geral de personalidade para os que aceitem a figura).

E a personalidade é a qualidade de ser pessoa^{58 59}, sendo a personalidade jurídica consensualmente definida como a susceptibilidade de direitos e obrigações⁶⁰.

Embora todo o Direito exista por causa dos homens, a ideia de pessoa (e de personalidade) exige um forte grau de abstracção, razão pela qual só tarde na História aparece com o

⁵⁵ Um “nó górdio”, chama-lhe Diana Sara Lopes Raimundo, *A Figura do Procurador de Cuidados de Saúde – reconhecimento da autodeterminação preventiva e/ou exercício delegado de direitos fundamentais?*, dissertação de mestrado em Direito (área de Ciências Jurídico-Políticas), Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2012, p. 34.

⁵⁶ V. Rabindranath A. Capelo de Sousa, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra Editora, 1995, pág. 223.

⁵⁷ *Idem*, pp. 213, 214.

⁵⁸ Pedro Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, 2ª edição, Almedina, 2003, pág.35

⁵⁹ O Direito não vive apenas pelas pessoas, mas vive para as pessoas: “*hominum causa omne ius constitutum est*”, disse Hermoginianus.

⁶⁰ Pedro Pais de Vasconcelos, *op. cit.*, p. 35; José de Oliveira Ascensão, *op. cit.*, 2000, p.43.

alcance e contornos que actualmente possui. O próprio termo *persona*, originalmente referia-se à máscara usada pelos actores em representações teatrais⁶¹.

É neste contexto – da autonomia, liberdade e integridade associadas à personalidade – que surge a figura do consentimento informado e esclarecido, associado ao exercício da medicina.

E por consentimento – no que ao acto médico concerne - pretende significar-se o comportamento mediante o qual se concede⁶² “uma actuação do agente médico na esfera físico-psíquica do paciente com o sentido de proporcionar saúde em benefício próprio (deste), em benefício alheio ou em benefício geral”.⁶³

Quer isto dizer que, para além do dever de tratar segundo as *leges artis*⁶⁴, o médico deve respeitar o paciente, no sentido de o informar, confirmar o esclarecimento e obter o consentimento.

A par dos deveres de tratar, de agir segundo as *leges artis*, de organizar o processo clínico e de observar sigilo, na consecução do tratamento, o médico deve respeitar o paciente, dever este que se desdobra nos de informar, confirmar o esclarecimento e obter o consentimento⁶⁵.

A figura do consentimento informado deriva da protecção da integridade físico-psíquica e do exercício da liberdade de vontade.

Trata-se de um dos requisitos do consentimento que consiste exactamente na aferição da capacidade de dispor dos direitos de que se é titular, de sobre eles tomar decisões, isto é, da capacidade de exercício de direitos que supõe uma capacidade natural de querer e entender.

⁶¹ Etimologicamente, *persona* vem de *per sonare*, i.e., soar através de. Os actores falavam através da máscara (persona), a fim de melhorar a acústica. A persona terá tido origem na Grécia e foi introduzida em Roma pelo actor Rocius em 100 a.C.

⁶² Consentir é sinónimo de permitir, deixar, aquiescer, aprovar, concordar – cf. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, Tomo II, pág. 1047.

⁶³ João Vaz Rodrigues, *O Consentimento Informado para o Acto Médico no Ordenamento Jurídico Português*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito Biomédico (3), Coimbra Editora, 2001, pág. 24.

⁶⁴ No sentido de “perfeição técnica do tratamento ou intervenção e também da sua oportunidade e conveniência no caso concreto e idoneidade dos meios utilizados” – Manuel Leal-Henriques/Manuel Simas Santos, *Código Penal Anotado*, Vol.II, Rei dos Livros, 2ª edição, Lisboa, 1996, pág. 172.

⁶⁵ “(...) o regime jurídico do consentimento deve ser analisado à luz do dever de respeito pela autodeterminação do paciente e depende da prévia verificação dos deveres de informar e esclarecer sobre a averiguação, o estado e o curso provável da doença, a terapia proposta, ponderados os riscos e os benefícios a colher, os meios disponíveis e as actuações alternativas” - João Vaz Rodrigues, *op. cit.*, pág.28.

Segundo uma perspectiva médica, a capacidade será “aquele estado psicológico empírico em que podemos afirmar que a decisão tomada por um sujeito é expressão real da sua própria identidade individual, isto é, da sua autonomia moral, pessoal”⁶⁶.

6. Bens jurídicos protegidos

Bens jurídicos são realidades que têm valor, como os bens essenciais à vida em comunidade⁶⁷ representam os pilares da manutenção de tal comunidade. Esse valor deverá ter expressão positiva, razão pela qual se compreende que a utilização da expressão ‘bem jurídico’ reflita a existência de uma valoração positiva de uma determinada realidade que deve ser mantida pela ordem jurídica⁶⁸.

Ora sendo o fim do Direito o Homem, é função do Direito servir o Homem. E o Homem é Pessoa⁶⁹. Compete, pois, ao Estado fornecer as condições para que a Pessoa, enquanto “*ser-com-os-outros*”⁷⁰, possa desenvolver a sua personalidade em plena e livre autodeterminação. Portanto, os bens jurídicos são as realidades que permitem à pessoa a sua auto-realização, razão pela qual possuem um forte referente pessoal. É precisamente através desta concepção relacional de bem jurídico que pode encontrar-se o fundamento da relevância do consentimento do respectivo titular.

Do exposto *supra*, resulta que, em matéria de consentimento e dissentimento relativamente a tratamentos médicos, são essencialmente bens da personalidade humana que estão em causa, cuja protecção se procura realizar impondo ao médico que os respeite, dever este que se desdobra nos de informar, confirmar o esclarecimento e obter o consentimento.

Com efeito, o ordenamento jurídico português confere uma ampla tutela ao direito à autodeterminação da pessoa humana, estando o direito ao consentimento livre e esclarecido

⁶⁶ Pablo Simon Lorda, *La evaluación de la capacidad de los paciente para tomar decisiones e sus problemas*, in *Estudios de Bioética... cit.* – apud João Vaz Rodrigues, *O consentimento informado*, op. cit., p. 200.

⁶⁷ De que a vida, a integridade física ou a liberdade são exemplo.

⁶⁸ Inês Ferreira Godinho, *Eutanásia, Homicídio a Pedido da Vítima e os Problemas de Participação em Direito Penal*, op. cit., pp. 44,45.

⁶⁹ *Idem*, p.47.

⁷⁰ A expressão é de José de Faria Costa, *O Perigo em Direito Penal*, reimp., Coimbra Editora, Coimbra, 2000, p.283.

inequivocamente consagrado entre nós, enquanto dimensão do direito à integridade pessoal (artigo 25º da Constituição de República Portuguesa)⁷¹.

Ora, o aparecimento e consolidação dos referidos deveres, é consequência da protecção conferida pela ordem jurídica à personalidade humana e a importantes bens que a integram traduzindo-se, afinal, no reconhecimento “do direito à integridade física e moral do paciente enquanto pessoa e do seu direito à autodeterminação, reflexos do valor fundamental da dignidade da pessoa humana”⁷².

Por isso, a tutela da personalidade não se esgota no plano civilístico, já que igualmente no âmbito jurídico constitucional (no campo dos direitos, liberdades e garantias) se concretiza o valor fundamental da dignidade da pessoa humana, através da consagração do direito à integridade pessoal e do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, entre outros (artigos 1º, 25º. nº 1 e 26º. nº 1, todos da Constituição).

No horizonte jurídico-penal os direitos à integridade física e moral e à autodeterminação da pessoa encontram igualmente acolhimento estando devidamente tutelado através do tipo legal de crime a que alude o artigo 156º do Código Penal (Intervenções e tratamentos médico cirúrgicos arbitrários)⁷³.

Em suma, o bem jurídico protegido quando está em causa a relação entre médico e paciente não é tanto a integridade física (e a vida), mas antes a liberdade de “dispor do corpo e da própria vida”⁷⁴.

7. O consentimento informado como requisito para a prática do acto médico

7.1. A relação médico-paciente

⁷¹ Cf. André Gonçalo Dias Pereira, *O Consentimento informado na relação médico-paciente... op. cit.*, pp. 95, 96. O direito à integridade pessoal desdobra-se no direito à integridade física e no direito à integridade moral de cada pessoa e traduz-se essencialmente num direito a não ser agredido ou ofendido no corpo ou no espírito por meios físicos ou morais. Cf., Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª. edição revista, Coimbra Editora, 1993, pp. 177, 178.

⁷² Cf. Rosa Cândido Martins, *A criança, o adolescente e o acto médico. O problema do consentimento*, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, Volume I (Direito da Família e das Sucessões), Coimbra Editora, p. 798.

⁷³ Com interesse, v. ainda, do Código Penal, o artigo 149º (consentimento), 150º. (intervenções e tratamentos médico cirúrgicos) e 157º. (dever de esclarecimento).

⁷⁴ Jorge de Figueiredo Dias, *O problema da ortotanásia: Introdução à sua consideração jurídica*, in M. Silva Araújo et al., *As Técnicas Modernas de Reanimação; Conceito de Morte; Aspectos Médicos, teleológico-morais e jurídicos*, Porto, Conselho Distrital do porto da Ordem dos Advogados, 1973, p.33.

Reza a mitologia grega que Asclépio era filho de Apolo e da virgem Coronis. Zangado porque esta lhe era infiel, Apolo matou-a, mas arrancou o nascituro Asclépio do seu ventre. Mais tarde, enviou o filho para ser educado pelo centauro Quíron, que lhe ensinou a arte de curar; e Asclépio tornou-se um grande médico.

Mas porque era até capaz de ressuscitar os mortos e, dessa forma, ameaçava alterar a ordem natural das coisas, Zeus acabou por o matar com um trovão.

Este deus grego da medicina haveria de ser posteriormente adorado igualmente pelos romanos, que o apelidaram de Esculápio^{75 76}.

Esta conotação com o divino⁷⁷ – como que colocando-se o médico em pedestal de semi-deus⁷⁸ – acompanhou, em maior ou menor grau, o exercício da medicina até ao século XIX⁷⁹, altura em que se começaram a verificar os primeiros sinais de mudança⁸⁰.

A relação médico-paciente é agora perspectivada como relação jurídica⁸¹ integrada por direitos e deveres, dos quais, como se disse, interessa sobretudo – no que ao tema concerne

⁷⁵ Ao que parece, uma epidemia ocorrida em 293 a.C. terá levado os romanos a adotar o culto desta divindade da mitologia grega.

⁷⁶ Entre os Conselhos de Asclépio, contam-se os seguintes (J. A. Esperança Pina, *A Responsabilidade dos Médicos*, Lidel Edições Técnicas, 2ª edição, Lisboa, 1998.):

“*Queres ser médico hoje? Aspiração esta de uma alma generosa, de um espírito ávido de ciência. Desejas que os homens te tenham como um deus, que alivia os seus males e afugenta deles o medo? Já pensaste bem no que há-de ser a tua vida? Terás de renunciar à tua vida privada (...) Sentes a paixão da verdade e já não a podes dizer. Terás de ocultar a alguns a gravidade do mal; a outros a insignificância. (...) Não contes com o agradecimento, quando o doente se cura, a cura é devida à robustez; se morre foste tu que o mataste. (...) a consciência de aliviar males sustentar-te-á nas tuas fadigas; mas decidirás se é acertado manter vivos, homens atacados de mal incurável, crianças com doenças que não tem possibilidades de ser felizes, ou aqueles que transmitirão a sua triste vida, tornando-os ainda mais miseráveis. (...) Pensando bem, ainda estás a tempo. Mas se fores indiferente á fortuna, aos prazeres, à ingratidão, se sabendo que te verás só entre as feras humanas, se tens uma alma bastante estóica para se satisfazer com o dever cumprido e sem ilusões, se te julgares pago com a felicidade de uma mãe, com uns lábios que sorriem porque já não sofrem, com a paz de um moribundo a quem conseguiste ocultar a chegada da morte, se anseias conhecer o homem, penetrar em todo o trágico do seu destino, então faz-te médico, hoje mesmo*”.

⁷⁷ “Ninguém pode duvidar ser a Medicina huma arte Divina, e para credito da sua excellencia basta ter sido exercitada por Christo, de que o Novo Testamento nos oferece repetidos exemplos, e Deos pela boca do Espírito Santo nos manda honrar muito os bons, e verdadeiros professores desta sciencia (...)”, trecho de anónimo, de 1758 (*Sustos da Vida nos Perigos da Cura*), *apud* João Vaz Rodrigues, *O Consentimento Informado para o Acto Médico... op. cit.*, 2001, p.15.

⁷⁸ Maria Paula Ribeiro de Faria fala até, por parte dos médicos, de “uma espécie de direito de exercício profissional sem limites e sacrossanto” – *A «lei do sangue» - ou o conflito entre o respeito pela autonomia da pessoa e a defesa da vida e a integridade física*, in *Direito e Justiça*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Volume XII, Tomo 1, 1998, p.263.

⁷⁹ Com o que de vantajoso ou desvantajoso acabou por implicar, como o ilustra o caso do médico que, por não ter conseguido curar a cegueira de João de Luxemburgo (1296-1346), rei da Boémia, acabou por ser lançado, dentro de um saco, ao rio Óder.

⁸⁰ Sobre a evolução da concepção da actividade médica ao longo da história, v. Guilherme de Oliveira, *O fim da Arte Silenciosa (O dever de informação dos médicos)*, in *Temas de direito da medicina*; Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito Biomédico (1), Coimbra Editora, 1999, pp. 91-100.

os deveres do médico de esclarecer e de obter o consentimento e, por parte do paciente, o correspondente direito a consentir ou dissentir quanto à intervenção ou tratamento.

Desta forma, o aparecimento deste dever de obtenção do consentimento do paciente bem como do citado correspondente direito, representa o abandono da tradição do paternalismo clínico⁸². O que se justifica perfeitamente, uma vez que a actividade do médico confronta-se necessariamente com os valores fundamentais que conformam os direitos de personalidade e outros direitos fundamentais, muitos com expressa previsão constitucional. Daí a imprescindibilidade do consentimento do paciente para a prática de acto médico e o respeito pelo seu dissentimento ou recusa.

7.2. Os deveres de esclarecimento e de obtenção do consentimento

7.2.1. Dever de esclarecer

Normalmente, o dever do médico de obter do paciente o consentimento (ou certificar-se da sua eventual recusa) é entendido por referência ao dever de fornecer as informações necessárias a fim de que o paciente possa, de forma consciente prestar o consentimento solicitado⁸³. Com efeito, o cumprimento escrupuloso deste dever de esclarecimento é que pode permitir que o correspondente consentimento (ou dissentimento) seja, também ele, informado ou esclarecido. Não se confunde, no entanto com o mero esclarecimento terapêutico (*therapeutische Aufklärung* ou *Sicherungsaufklärung*)⁸⁴, que, em vez de valer como pressuposto da liberdade pessoal, releva antes no contexto dos deveres objectivos de

⁸¹ Atente-se, no entanto no facto de a relação médico-paciente apresentar diversas estruturas jurídicas. Sobre a matéria *cf.* Dias Pereira, *O consentimento informado...*, *op. cit.*, pp. 30-56; Guilherme de Oliveira, *Estrutura Jurídica do Acto Médico. Consentimento Informado e Responsabilidade Médica*, in Temas de Direito da Medicina, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito Biomédico, Coimbra Editora, 1999, pp. 59-72; João Álvaro Dias, *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, in *Studia Iuridica* 21, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 1996, p. 221 e segs.

⁸² Considerando que a relação de tipo paternalista “é favorecida pela grande desigualdade de poder em que o doente se encontra relativamente ao médico” e explicando os diversos tipos de relação possíveis entre médico e paciente, *cf.*, Henrique Vilaça Ramos, *O doente perante o seu fim : autonomia ou paternalismo?*, in *Cadernos de Bioética*, ano XII, nº. 3 (Dezembro 2003), Coimbra, pp. 17-26.

⁸³ Note-se, porém, que alguma doutrina defende a autonomia deste dever de informação ou de esclarecimento perante a circunstância de se verificar nos nossos dias um aumento da capacidade de diagnóstico e prognóstico da medicina sem que o mesmo se mostre acompanhado, na mesma medida, pelas desejadas possibilidades terapêuticas – *cf.*, Rosa Cândido Martins, *A criança, o adolescente e o acto médico, o problema do consentimento*, *op. cit.*, p. 800.

⁸⁴ Que consiste em prestar todas as informações necessárias para que o paciente cumpra devidamente uma prescrição, se prepare para uma intervenção diagnostica ou curativa, ou refere-se ao aconselhamento de uma dieta.

cuidado das *leges artis* preordenadas à tutela da integridade física ou da vida. Mais do que isso, o esclarecimento de que aqui se trata é “o esclarecimento—para-a-autodeterminação, indispensável ao livre exercício do direito de dispor do corpo e da própria vida”⁸⁵.

Quanto ao próprio teor da informação a prestar pelo médico ao paciente, ela deve incluir esclarecimento sobre “o diagnóstico, a índole alcance, envergadura, e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento” (artigo 157º do Código Penal), sendo certo que “(q)ualquer intervenção no domínio da saúde só pode ser efectuada após ter sido prestado pela pessoa em causa o seu consentimento livre e esclarecido”, pessoa que “deve receber previamente a informação adequada quanto ao objectivo e à natureza da intervenção, bem como às suas consequências e riscos” (artigo 5º da Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina⁸⁶ - CDHB).

Ou seja, a informação a prestar deve ser tão completa quanto possível, devendo incluir “o porquê e o como da intervenção ou tratamento proposto, bem como a existência ou não de alternativas terapêuticas a essa intervenção ou tratamento, as suas vantagens relativas, os riscos possíveis, as consequências negativas do tratamento e possíveis efeitos secundários. O médico deve procurar ainda responder às interrogações que aquele doente lhe dirige”⁸⁷. No fundo, quanto a este dever de informação médica, nele deverá incluir-se tudo aquilo que contribua para um efectivo exercício do direito à autodeterminação pessoal e à livre disposição do próprio corpo, razão pela qual “o consentimento não pode ser considerado válido se a informação transmitida foi deformada ou incompreendida pelo paciente”⁸⁸.

⁸⁵ Manuel da Costa Andrade, Anotação ao artigo 157º do Código penal, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, Tomo I, Coimbra Editora, 1999.

⁸⁶ Aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 1/2001, de 3 de Janeiro, publicada no Diário da República, I Série-A, n.º 2/2001; ratificada pelo Decreto do Presidente da República, n.º 1/2001, de 20 de Fevereiro, de 3 de Janeiro, publicado no Diário da República, I Série-A, n.º 2/2001; Aviso de depósito do instrumento de ratificação: Aviso n.º 108/2001 do Ministério dos Negócios Estrangeiros, de 1 de Outubro, publicado no Diário da República, I Série-A, n.º 228/2001. Entrou em vigor na ordem jurídica portuguesa em 1 de Dezembro de 2001.

⁸⁷ Rosa Cândido Martins, *A criança, o adolescente e o acto médico, o problema do consentimento*, op.cit., p. 801.

⁸⁸ Paula Martinho da Silva, *Convenção dos direitos do homem e da bio medicina anotada*, Edições Cosmos, Lisboa, 1997, p. 39, em anotação ao artigo 5º daquela convenção onde, em parte se prescreve que à pessoa “deverá ser dada previamente uma informação adequada ao objectivo e à natureza da intervenção, bem como quanto às suas consequências e os seus riscos”. Sobre o dever de informação ou esclarecimento do médico, v. ainda Dias Pereira, *O Consentimento informado...*, op.cit., p. 369 e ss.

Qual o limite do dever de esclarecimento e do dever de tratamento do médico? Só pode ser a garantia do livre exercício da autodeterminação do doente, ou no dizer de SILVA DIAS, da “autonomia ética do paciente”⁸⁹. Quer com isto significar-se que o dever de esclarecimento do médico deve ser suficiente para que o paciente disponha de toda a informação que lhe permita decidir em autonomia, e o dever de tratamento do médico deve cessar a partir do momento em que ultrapassa a esfera de autonomia pessoal do doente.

7.2.2. Privilégio terapêutico e outras situações de recusa ou redução do esclarecimento

A ideia que está por detrás do chamado privilégio terapêutico é que encontra expressão na lei penal portuguesa (artigo 157º, *in fine*, do Código Penal), preceito que desonera o médico do dever de esclarecimento “se isso implicar a comunicação de circunstâncias que, a serem conhecidas pelo paciente, poriam em perigo a sua vida e seria susceptíveis de lhe causar grave dano à saúde, física ou psíquica”. Ou seja, o esclarecimento não obedece a um único modelo de densidade e intensidade, podendo ser reduzido em maior ou menor medida ou ser mesmo recusado nos termos e nas condições indicados no referido preceito e que podem incluir também outras situações justificativas tais como a renúncia do paciente, tratamentos de rotina ou também os “estádios terminais”⁹⁰.

7.2.3. Dever de obter o consentimento

Este dever, cujo cumprimento se revela absolutamente essencial, tem o seu fundamento nos direitos à vida, à integridade física, à autodeterminação e traduz-se, no fundo, na consagração da autonomia da vontade no âmbito dos cuidados de saúde. Na dialéctica entre autonomia do paciente e paternalismo do médico, a consagração do dever que este tem de obter o consentimento daquele acaba por prevalecer a referida autonomia.

⁸⁹ Augusto Silva Dias, *A Relevância Jurídico Penal das Decisões de Consciência*, Almedina, Coimbra, 1986, p. 131 e ss.

⁹⁰ Cf., Costa Andrade, Anotação ao artigo 157º do Código Penal, *in* Comentário Conimbricense, *op.cit.*, pp. 399, 400. Sobre o privilégio terapêutico pode ainda consultar-se Dias Pereira, *O consentimento informado...* *op. cit.*, p. 460 e ss. e João Vaz Rodrigues, *O consentimento informado...*, *op. cit.*, pp. 279-290.

O consentimento do paciente deve ser considerado, por parte do médico como “uma condição do exercício de um direito, o exercício da medicina no caso concreto”⁹¹, sendo que “a necessidade de prestar esclarecimento e de obter um consentimento informado ganhou sentido na prática médica, como um aspecto da boa prática clínica; isto é: tratar bem não é apenas actuar segundo um centro de decisão respeitável”⁹².

7.2.4. O direito a não saber⁹³

Como expressão do princípio da autonomia do paciente, existe o direito a não saber⁹⁴, expressamente previsto no artigo 10º nº3 da CDHB, que reza: “Qualquer pessoa tem o direito de conhecer toda a informação recolhida sobre a sua saúde. Todavia, a vontade expressa por uma pessoa de não ser informada deve ser respeitada”. Também a Declaração dos Direitos dos Pacientes (OMS, 1994) reconhece que “Os pacientes têm o direito de não serem informados, a seu expresse pedido”. E a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos⁹⁵, afirma na alínea c) do seu artigo 5º que “Deve ser respeitado o direito de cada indivíduo a decidir se quer ou não ser informado dos resultados de um exame genético e suas consequências”⁹⁶.

A doutrina tem defendido que se trata de um direito a “ser respeitado como indivíduo autónomo, capaz de uma decisão de vontade”, que radica no direito geral de personalidade, na sua configuração como direito à autodeterminação, e de modo mediato à dignidade humana⁹⁷.

⁹¹ Paula Martinho da Silva, *Estrutura jurídica do acto médico, consentimento informado e responsabilidade civil da equipa de saúde ou do médico*, in “O Consentimento Informado: Actas do I Seminário promovido pelo Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (30 a 31 de Março de 1992)”, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1992, p. 78.

⁹² Cf. Guilherme de Oliveira, *O fim da arte silenciosa*, op. cit., p. 99.

⁹³ Seguimos de perto André Pereira, *O Consentimento Informado...*, op. cit., pp. 467-471 e R. Adorno, *The right not to know: an autonomy based approach*, in *Journal of Medical Ethics* (em linha), 2004, 30, pp.435-439 (consultado em 15.05.2016), disponível em <http://jme.bmj.com/content/30/5/435.full>.

⁹⁴ Embora Aristóteles afirmasse que todos os homens são por natureza movidos por um desejo de saber.

⁹⁵ Adoptada pela Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (UNESCO) na sua 29.ª sessão, a 11 de Novembro de 1997; endossada pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua resolução 53/152, de 9 de Dezembro de 1998.

⁹⁶ Os domínios mais relevantes da aplicação do direito a não saber são a análise de provas genéticas, o diagnóstico pré-natal, o teste de SIDA.

⁹⁷ Beauchamp e Childress, *Principles of Medical Ethics*, New York-Oxford, Oxford University Press, 5th ed. 2001 p. 63, *apud* André Pereira, *O consentimento informado...*, op. cit., p. 471.

Como explica ANDRÉ PEREIRA⁹⁸, “o problema fundamental do direito a não saber é o conhecimento da possibilidade de conhecimento. Ou seja, só estando ciente da possibilidade de conhecer, de ser informado, é que a pessoa pode autodeterminar-se no sentido de recusar a informação.

Não se trata, contudo, de um direito absoluto, podendo ser alvo de restrições, em função de dois interesses: o do próprio paciente (informando-o da predisposição para uma patologia grave, para que possa adoptar medidas preventivas); e o da protecção de terceiros (informando-o, por exemplo, de uma doença infecto-contagiosa, como acontece com a SIDA, tendo como objectivo evitar a transmissão a terceiros).

As excepções ao direito de não saber relatadas estão previstas na CDHB, no n.º 3 do seu artigo 10.º, onde se determina que “[a] título excepcional, a lei pode prever, no interesse do paciente, restrições ao exercício dos direitos estabelecidos no n.º 2.”. E igualmente no artigo 26.º daquele instrumento onde se estabelece que: “[o] exercício dos direitos e as disposições de protecção contidos na presente Convenção não podem ser objecto de outras restrições senão as que, previstas na lei, constituem providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança pública, a prevenção de infracções penais, a protecção da saúde pública ou a salvaguarda dos direitos e liberdades de terceiros.”.

8. O dissentimento informado

No plano dos direitos fundamentais reconhece-se um direito à recusa de tratamento médico (mesmo que a recusa seja por outros considerado como irrazoável), direito que se funda quer na liberdade de consciência, quer no direito à integridade física e moral, quer ainda na liberdade religiosa (artigos 41.º n.º 1 e 25.º n.º 1 ambos da Constituição da República Portuguesa).

Relevante doutrina tem-se pronunciado no sentido de que ao paciente assiste o direito de tomar decisões erradas ou irracionais segundo os padrões médicos ou os do público em geral, sendo que em qualquer caso o médico tem de “respeitar uma decisão objectivamente

⁹⁸ André Pereira, *op. cit.*, p.469.

irracional do paciente”⁹⁹. Entendimento diverso, que reservasse e reconhecesse ao médico uma “soberania de razão” representaria uma “lesão do direito de autodeterminação do paciente que não seria suportável numa sociedade livre”¹⁰⁰. Daqui conclui COSTA ANDRADE que a recusa do tratamento não está limitada pela cláusula dos bons costumes, nem por qualquer sucedâneo que apele por exemplo para a razão ou a aprovação moral¹⁰¹.

A possibilidade de dissentimento está prevista no n.º 2 do artigo 49º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos (CDOM) e exige, em caso de perigo de vida, que seja feita expressamente pelo próprio doente e sem coacções. Também encontramos o direito de recusar tratamentos no n.º 2 do artigo 156º do Código Penal que respeita às intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários e prevê:

“ ... [o] facto não é punível quando o consentimento:

a) Só puder ser obtido com adiamento que implique perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou para a saúde; ou

b) Tiver sido dado para certa intervenção ou tratamento, tendo vindo a realizar-se outro diferente por se ter revelado imposto pelo estado dos conhecimentos e da experiência da medicina como meio para evitar um perigo para a vida, o corpo ou a saúde;

e não se verificarem circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado.”.

O bem jurídico protegido neste tipo de crime, não é a vida, nem a saúde do paciente, mas sim a sua autodeterminação sobre a vida e sobre o corpo¹⁰², *i.e.*, a liberdade de decisão da pessoa.

Do fundamento do direito de recusar tratamento médico pode retirar-se a conclusão que a legitimidade da recusa – preenchidos que sejam todos os demais requisitos relativos ao

⁹⁹ Ginesen, JZ, 1997, p. 286, *apud* Costa Andrade, Anotação ao artigo 156º. do Código Penal, *in* Comentário Conimbricense, *cit.*, p. 385.

¹⁰⁰ Kaufmann, Strafrecht zwischen Gestern und Morgen, 1983, p. 139, Ginesen, JZ, 1997, p. 286, *apud* Costa Andrade, Anotação ao artigo 1156º. do Código Penal, *in* Comentário Conimbricense, *cit.*, p. 385.

¹⁰¹ *Cfr.* Costa Andrade, Anotação ao artigo 156º. do Código Penal, *in* Comentário Conimbricense, *cit.*, p. 385.

¹⁰² Vera Lúcia Raposo, *Directivas Antecipadas de Vontade...*, *op. cit.*, p.198.

consentimento informado, *rectius* ao dissentimento informado – não fica abalada mesmo quando se reporte aos chamados tratamentos vitais¹⁰³.

A questão não é, naturalmente, pacífica e tem gerado “uma polémica interminável entre o direito à liberdade, à autodeterminação e à dignidade individual e a protecção da vida e a saúde da pessoa”¹⁰⁴.

¹⁰³ Esta problemática anda essencialmente associada à recusa de receber transfusões sanguíneas por parte da confissão religiosa das testemunhas de Jeová.

¹⁰⁴ Dias Pereira, *O consentimento informado*, *op. cit.*, p. 504; v. ainda pp. 506, 507 com jurisprudência estrangeira sobre a matéria, nomeadamente uma decisão de 14-10-1999, do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, que se pronunciou pela violação do consentimento informado resultante da administração de tratamentos obrigatórios a membros de um grupo religioso, maiores de idade que foram retidos e submetidos, durante 10 dias, a um tratamento médico contra a sua vontade.

CAPÍTULO III – AS DECLARAÇÕES ANTECIPADAS DE VONTADE E OS DIREITOS DE PERSONALIDADE

1. Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais

GOMES CANOTILHO¹⁰⁵ sustenta que os direitos do homem¹⁰⁶ são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos, enquanto que os direitos fundamentais seriam garantidos e limitados espaço-temporalmente, esclarecendo ainda que muitos dos direitos fundamentais são direitos da personalidade, mas nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade, que já destes últimos devem ser excluídos os de matiz político e aqueles direitos a prestações, por não se relacionarem com a dimensão existencial da subjectividade humana.

O Direito parece atravessar uma fase na qual os seus principais institutos começam a ser revisitados, sob o prisma de um novo paradigma que, abandonando, pelo menos em parte, o estrito materialismo patrimonialista que marcou as codificações de direito privado do século XIX e início do século XX, volta os olhos para o carácter existencial do ser humano e para a necessidade da sua protecção e tutela.

Na verdade, a pessoa é titular de um conjunto de direitos “inerente, inato e globalmente intangível”¹⁰⁷. Os direitos fundamentais são posições jurídicas activas atribuídas pela Lei Fundamental e cujo critério adoptado é o da fonte da atribuição, que supõe relação directa e especial vinculação do Estado, possuem uma tendência publicista imediata, ainda quando ocorram efeitos nas relações entre os particulares. Neste âmbito, os direitos fundamentais traduzem posições da pessoa contra o Estado, delimitando um âmbito de protecção contra este¹⁰⁸. O seu critério é do da fonte da sua atribuição.¹⁰⁹

¹⁰⁵ *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4ª edição, Coimbra, Almedina, 2000, p. 393.

¹⁰⁶ Ou direitos humanos.

¹⁰⁷ José Alberto González, *Testamento Vital e Procuração de Cuidados de Saúde*, Quid Juris, Lisboa, 2013, p.13.

¹⁰⁸ Muito embora, como faz notar Oliveira Ascensão, “não se pode hoje dizer que a disciplina constitucional dos direitos fundamentais se limite a reger a relação cidadão-Estado”, citando o artigo 18º nº1 da CRP que estabelece a aplicação directa dos direitos liberdades e garantias e a vinculação das entidades públicas e privadas – José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil, Teoria Geral, Volume I, Introdução, As Pessoas, Os Bens*, op. cit., 2000, p.75

¹⁰⁹ António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral, Tomo I*, 2ª edição, Almedina, Lisboa, 2000, p.204.

Os direitos de personalidade (*ius in se ipsum*), pressupõem relações de igualdade, não tendo projecção especial face ao Estado. No direito civil são vistos como direitos que constituem atributo da própria pessoa e que têm por objecto bens da sua personalidade física, moral e jurídica, na medida em que são manifestações da personalidade em geral. São, pois, posições jurídicas activas que valem entre sujeitos de direito privado, subordinados ao princípio da paridade. O seu critério é o do objecto.

A propósito, OLIVEIRA ASCENSÃO explica que “não há equivalência entre direitos fundamentais e direitos de personalidade”¹¹⁰, pese embora os direitos previstos na Constituição incidam, muitos deles, sobre o mesmo objecto, não são contudo assimiláveis. Repare-se que existem muitos direitos fundamentais, como sejam os casos dos direitos políticos ou processuais, que não têm uma relação directa com os bens da personalidade.

No entanto, MENEZES CORDEIRO recorda que os direitos fundamentais – designadamente quando sejam direitos de personalidade, mas não necessariamente – facultam “aos civilistas instrumentos de inegável utilidade”¹¹¹.

A propósito, fala-se da eficácia dos direitos fundamentais no direito privado¹¹². Esta é uma questão que apenas se abordará em termos sintéticos e que vem a propósito do dispositivo inserto no artigo 18º nº 1 da Constituição, segundo o qual “os direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam entidades públicas e privadas”.

Segue-se aqui a ideia de que se deve optar pela rejeição de uma eficácia horizontal directa e geral que não distinga as condições de vinculação de entidades públicas e privadas, mas sem com isso se seguir a tese oposta, segundo a qual os direitos fundamentais teriam como destinatários exclusivos entidades públicas (sendo o objecto do controlo de respeito pelos direitos fundamentais apenas a actuação de tais entidades).

Com efeito, a aplicação das normas que consagram direitos fundamentais aos actos das entidades privadas deverá ocorrer “em primeira, linha através de normas de direito privado, quer elas sejam normas que reproduzem o conteúdo de normas constitucionais, quer utilizem conceitos indeterminados ou de cláusulas gerais, cujo conteúdo deve ser

¹¹⁰ José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil, Teoria Geral, Volume I, Introdução, As Pessoas, Os Bens*, op. cit., p.75.

¹¹¹ António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral, Tomo I*, op.cit., p.206.

¹¹² É, de algum modo, o problema da “*Drittwirkung*” (eficácia externa ou efeitos em relação a terceiros) dos direitos fundamentais.

preenchido através de valores constitucionalmente consagrados, e, em particular, através de uma «interpretação conforme aos direitos fundamentais»¹¹³.

Este entendimento sofre, no entanto, uma exceção. Com efeito, no núcleo essencial dos direitos fundamentais que visa proteger a dignidade humana, não se pode negar uma vinculação horizontal imediata de todas as entidades privadas.

O artigo 26º da Constituição da República Portuguesa, inserido na Parte I – Direitos e deveres fundamentais, no seu Título II – Direitos, liberdades e garantias, consagra uma série de direitos pessoais, que resultam do primordial princípio do respeito pela dignidade da pessoa humana. O referido preceito constitucional postula, assim, hipóteses típicas de direitos de personalidade resultantes, eles próprios, do princípio da dignidade da pessoa humana.

Pode, pois, afirmar-se estamos perante um paradigma em que a relação do cidadão perante o Estado, não está apenas assegurada pelo regime dos direitos fundamentais, indo muito para além daquela, pese embora os direitos previstos na CRP possam parcialmente sobrepor-se, no sentido em que incidem sobre o mesmo objeto, são direitos fundamentais e não direitos de personalidade, estando estes previsto no Código Civil e aqueles na CRP.

O legislador constitucional português consagra desde 1997 – por via da influência alemã, designadamente, o artigo 2º nº1 da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha – um direito geral ao desenvolvimento da personalidade¹¹⁴. Ainda assim, pode defender-se a ideia de que a cláusula geral de tutela da personalidade, prevista e regulada no artigo 70º CC, assumia já anteriormente a natureza de um direito fundamental, seja por via do princípio da dignidade da pessoa humana seja por virtude da cláusula aberta do artigo 16º da CRP.

A pessoa humana é um centro de imputação de normas jurídicas, conduz ao aparecimento de institutos, articulados de normas e de princípios, sendo certo que as situações jurídicas de personalidade encontram o seu fundamento nos institutos ligados à pessoa humana,

¹¹³ Paulo Mota Pinto, *O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade*, in Portugal-Brasil, Ano 2002, tema Direito, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, p. 238.

¹¹⁴ Oliveira Ascensão insurge-se contra a figura do direito geral de personalidade – cf. José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil, Teoria Geral, Volume I...*, op. cit., pp. 86-88. Do mesmo modo José Alberto González, op.cit., p.16. Não tomaremos posição, por entendermos que não é questão essencial – ou sequer relevante – para o tema da presente dissertação.

materializando-se em bens de personalidade, umas vezes impondo condutas que lhes digam respeito, outras, permitindo o seu aproveitamento.

Assim, os direitos de personalidade formam um núcleo basilar de bens pessoais juridicamente reconhecidos¹¹⁵, sendo certo que o conceito de pessoa humana está em constante desenvolvimento e, por esse motivo, requer um círculo alargado de influência para a sua realização. É nesta linha que o direito privado se ordena, dando azo a que por vezes se torne difícil a destrição entre direitos fundamentais e direitos de personalidade, pela proximidade, ou se quisermos sobreposição, que apresentam.

A formulação constitucional, a nível dos direitos fundamentais, particularmente ao nível dos direitos de personalidade, alcança amplamente todos aqueles que eventualmente escapariam ao Direito Privado, tal como resulta da cláusula genérica de tutela consagrada no artigo 70º do CC e do elenco, não taxativo aliás, dos restantes artigos. Num plano processual, permite a inclusão de argumentos de cobertura constitucional que podem influenciar a decisão concreta, ao abrigo, a título de exemplo, da interpretação conforme com a Constituição.

Pode, portanto, dizer-se que há direitos de personalidade previstos na CRP, coincidindo alguns com os previstos e regulados no CC. Pese embora os direitos previstos na CRP possam tutelar o mesmo objecto, como sejam os previstos na lei civil (artigos 70º a 81º do CC), são direitos fundamentais, devendo a distinção entre uns e outros fazer-se através dos seguintes critérios: os direitos de personalidade vêm regulados no CC e os direitos fundamentais na CRP, tendo cada um dos diplomas os seus mecanismos de tutela; direitos de personalidade supõem uma relação de igualdade entre sujeitos particulares, não tendo projecção especial em relação ao Estado; ao invés, os direitos fundamentais supõem normalmente uma relação de vinculação directa com o Estado; por fim, se uns e outros têm por vezes objecto idêntico, há direitos de fundamentais que não têm relação com bens de personalidade.

A temática das declarações antecipadas de vontade em matéria de cuidados de saúde têm, obviamente, relação com os bens de personalidade vida, integridade física e moral (entre

¹¹⁵ Os direitos de personalidade são muitos. Por isso, Oliveira Ascensão defende a necessidade da sua sistematização em “direitos á personalidade” (os direitos), “direitos à conservação da personalidade” (as garantias) e direitos à realização da personalidade (as liberdades) – cf. José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil, Teoria Geral, Volume I... op. cit.*, pp. 107-109.

outros) e, por esse motivo trazem à colação questões que se colocam quanto aos direitos de personalidade e aos bens fundamentais que tenham por objecto bens de personalidade.

Por se tratar de um estudo de direito civil, o pano de fundo que se pretende ter presente é, em especial, o do universo dos direitos de personalidade.

2. Tópicos de argumentação

2.1. O Direito Civil e os dados pré-legais (a Natureza das Coisas)

O Direito Civil, como Direito Comum, constitui o cerne fundamental do Direito Privado (entendido como o direito das pessoas comuns), Direito-mãe¹¹⁶ (*Mutterrecht*) e até mesmo o “núcleo de todo o Direito”¹¹⁷. É, pois, no seu seio que se encontram os princípios, institutos e regulações que são comuns a todo o Direito Privado (e que constituem os próprios fundamentos deste), sendo certo que tais princípios são, na essência, os princípios gerais de toda a ordem jurídica.

Ora, constituem conteúdo fundamental do Direito Civil (o seu verdadeiro fundamento ôntico e ético) as realidades extra-jurídicas e pré-jurídicas (“dados pré-legais”, na terminologia de OLIVEIRA ASCENSÃO¹¹⁸) sem as quais o próprio Direito não existiria: as pessoas, os bens, as acções e as relações¹¹⁹.

Na verdade, todo o Direito existe em função e por causa das pessoas¹²⁰, que “constituem o fundamento ontológico do Direito”¹²¹. A ideia de pessoa humana (viva e concreta) tem o primado em toda a construção do Direito, que é um “fenómeno humano e social”¹²², *i.e.*, por um lado, é criado pelas pessoas e para as pessoas (o que implica, necessariamente uma componente espiritual) e, por outro lado, não tem como destinatário o homem isolado, mas

¹¹⁶ Rabindranath Capelo de Sousa, *Teoria Geral do Direito Civil, Volume I*, Coimbra Editora, 2003, p. 25.

¹¹⁷ José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil, Teoria Geral, Volume I...*, *op. cit.*, pp. 17-19, 21, 22.

¹¹⁸ *Direito Civil, I, op. cit.*, pp. 35-39.

¹¹⁹ No entender de Pedro Pais de Vasconcelos, as relações não teriam “substância própria” que justifique a sua qualificação como dado pré-legal autónomo; seriam mais modo de ser do que ser – *cf. Teoria Geral, Relatório*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Suplemento*, Lisboa, 2000, pp. 17, 18; *Teoria Geral do Direito Civil, op. cit.*, p. 33.

¹²⁰ Hermoginianus, D. 1.5.2. (Digesto, Livro I, Título V, Lei 2ª): *hominum causa omne ius constitutum est*, *apud* António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral, Tomo III, Pessoas*, Almedina, Lisboa, 2004, p. 15.

¹²¹ Pedro Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil, Relatório, op. cit.*, p. 16.

¹²² José de Oliveira Ascensão, *O Direito, Introdução e Teoria Geral*, 13ª edição refundida, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 23, 56.

o homem em relação social com outros homens e em relação com as coisas, os bens. Estes são tudo o que não seja pessoa, mas que ainda assim seja hábil para satisfazer as necessidades das pessoas.

Como as pessoas não são inertes na sociedade, actuam de forma a alcançarem uma finalidade. Tais actuações (complexos de comportamento e finalidade) constituem as acções.

O exercício jurídico parte das situações jurídicas¹²³ que são as situações das pessoas no Direito e perante ele. As situações jurídicas distinguem-se em posições jurídicas (quando vistas numa perspectiva uni-subjectiva) e em relações jurídicas (sempre que encaradas numa perspectiva pluri-subjectiva relacional).

As situações jurídicas que se traduzem na titularidade de direitos subjectivos absolutos, tais como os direitos de personalidade¹²⁴, são posições jurídicas, pois não se inserem num relacionamento entre pessoas determinadas.

Mas o direito subjectivo não é apenas uma posição jurídica activa ou um mero operador jurídico, uma vez que possui um sentido ético e ideológico de liberdade pessoal que não pode ser ignorado.

Aliás, todo o Direito Civil assenta em princípios ético-jurídicos que informam o próprio fundamento das suas regras, bem como os critérios da sua concretização. O cariz ético de tais princípios está inegavelmente ligado à moral estóico-cristã que permeia os valores da civilização e da cultura europeias.

O Direito Civil não é ética ou valorativamente neutro¹²⁵. Aliás, como explica FIGUEIREDO DIAS¹²⁶, é “preciso reconhecer que nada é neutro do ponto de vista axiológico-antropológico, a tudo estando subjacente uma determinada concepção de

¹²³ A referência a “situações jurídicas” reflecte a adopção, sem reservas, do abandono da relação jurídica como estrutura da Teoria Geral do Direito Civil, abandono operado pelo Prof. Oliveira Ascensão, na sequência do profundo estudo que fez sobre o conceito de relação e de relação jurídica, da sua tese de doutoramento sobre as relações jurídicas reais – *As Relações Jurídicas Reais*, Livraria Morais Editora, 1962.

¹²⁴ E ainda os direitos reais e os direitos de propriedade intelectual.

¹²⁵ E, no dizer de Pais de Vasconcelos, “muito menos o instrumento do egoísmo epicuro-consumista das massas cripto-analfabetas e sem valores” – *Teoria Geral, Relatório, op. cit.*, p. 19.

¹²⁶ Jorge de Figueiredo Dias, *Na era da tecnologia genética: que caminhos para o direito penal médico?*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 14 (2004), p.251.

homem – de um Homem como simultaneamente um *Selbstsein* e um *Mitsein* – e um quadro de valores individuais e colectivos daquela imediatamente decorrentes”.

Com efeito, o Direito não constitui um sistema fechado, mas é, pelo contrário, ordem da sociedade, indissociável desta¹²⁷, permeável às realidades da vida, à evolução da sociedade e das pessoas¹²⁸; tem, por isso, que ver com a nossa inter-relação social. “Pois não se sabe, pelo menos desde S. Tomás, que «*ordo non est substantia, sed relatio*»?”¹²⁹

Do que o rodeia, recebe o Direito uma verdadeira multidão de influências, que traçam os seus contornos: as realidades naturais (que tantas vezes o limitam), os valores éticos, as influências culturais e filosóficas¹³⁰. E porque só rege condutas humanas, “só pode o que as pessoas puderem”¹³¹.

Esta participação do Direito na realidade que o envolve, constrange e influencia (e que também é por ele influenciada) é possível porque contém aberturas (“janelas do sistema”¹³²), através das quais recebe os elementos fundamentais com que trabalha, que são pré-legais¹³³, no sentido de que, como realidade social, preexistem à intervenção do legislador (são prévios, do ponto de vista lógico, à valoração normativa¹³⁴), muito embora sejam jurídicos, por estarem integrados na ordem jurídica.

Estas “janelas do sistema” são os princípios jurídicos, as cláusulas gerais e os conceitos indeterminados, os tipos jurídicos e os ‘*standards*’ ou padrões jurídicos, a Natureza das Coisas, expressão utilizada em filosofia e metodologia do Direito e que designa as

¹²⁷ Só por esforço de abstracção conseguimos isolar, no seio da ordem social, a ordem jurídica, lembra oportunamente Oliveira Ascensão (*Direito Civil, I, op.cit.*, p. 36).

¹²⁸ Não se ignora que há actos da vida das pessoas que se subtraem a um estatuto jurídico, ao Direito. Entre eles avultam as chamadas “relações de absoluto”, i.e., as “relações de pessoa a pessoa sem a mediação do mundo”; esta constatação não invalida que, ainda assim, o Direito seja ordem da sociedade, na acepção e com as implicações a que se reporta o texto – cf. Fernando José Bronze, *Lições de Introdução ao Direito*, Coimbra Editora, 2002, pp. 30-36, que exemplifica com as relações no domínio da religião, da amizade, do amor e da cortesia.

¹²⁹ *Idem*, p. 34.

¹³⁰ Sobre o direito como fenómeno sujeito à evolução, v. Heinrich Ewald Hörster, *A parte Geral do Código Civil Português, Teoria Geral do Direito Civil*, 2ª reimpressão da edição de 1992, Almedina, 2003, p. 12 e ss.

¹³¹ Pedro Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, 2ª edição, Almedina, 2003, p. 30.

¹³² Josef Esser, Grundsatz und Norm in der richtlichen Fortbildung des Privatrechts, *apud* Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral, op.cit.*, p. 31 e *Teoria Geral, Relatório, op.cit.*, p. 70

¹³³ Pais de Vasconcelos prefere a expressão “dados ou realidades extra-jurídicas”, argumentando que o que releva em tais dados não é tanto o serem prévios mais exteriores, externos ou exógenos em relação ao Direito (a todo o Direito e não só ao Direito positivo). O argumento parece convincente, muito embora o autor acabe por confessar que a “diferença é pouco mais que terminológica” – *Teoria Geral, op.cit.*, p. 32,33, n. 34 e *Teoria Geral, Relatório, op.cit.*, p. 71, n. 147.

¹³⁴ Oliveira Ascensão, *Direito Civil, I, op. cit.*, p. 37, n. 37.

realidades físicas (*entia physica*) e as realidades morais (*entia moralia*) que influenciam o Direito.

Os *entia physica* constituem a realidade das coisas que existem e que o Direito não pode reger, por lhe serem inalcançáveis (uma vez que sobre elas o Homem não exerce domínio), e que, por isso, lhe são impositivas (são exemplos elucidativos: a lei da gravidade, as demais leis da física e da química). São cogentes.

Diferentemente, os *entia moralia*, são construções humanas e reportam-se à realidade ético-cultural: as culturas, os usos e os costumes, os modos de pensar, agir e reagir das pessoas; são realidades morais, culturais, psicológicas, comportamentais, éticas. Sem serem cogentes, são influentes.

Para PAIS DE VASCONCELOS¹³⁵, a Natureza das Coisas é a ordem cósmica, o logos, tal como era entendido pela *Stoa*, num mundo de que fazem parte as coisas e as pessoas. Não deverá ser entendida apenas no sentido limitador - como estruturas lógico materiais, ou dados pré-legais, como dados ônticos que se impõem ao legislador, cerceando a sua liberdade de criar e impor preceitos impossíveis ou disfuncionais – mas igualmente como fonte de critério concreto de justiça material e como Direito material concreto¹³⁶, e ainda¹³⁷ como ponte entre *ser* e *dever-ser*, entre facticidade e normatividade, tanto da lei como na concretização e na decisão jurídica.

OLIVEIRA ASCENSÃO faz notar que quando se fala em “natureza das coisas”, esta expressão tradicional pode trazer dificuldades, induzindo a pensar nos objectos materiais. “Mas não é assim. A expressão «natureza das coisas» é generalizadora. O Direito natural exprime uma ordem que está na essência de toda a criação. Assim, o Direito natural corresponderá à essência da «natureza» física, pois também se apoia na ordem da necessidade, ou ao menos está em consonância com ela. Mas corresponde antes de mais à natureza da sociedade, fenómeno cultural, e do homem como elemento primário da

¹³⁵ Pais de Vasconcelos situa a Natureza das Coisas como um dos conteúdos (o outro é a Lei da Consciência) da Lei Natural, defendendo a “milénar concepção trina”: Lei Divina ou Lei Eterna, Lei Natural e Lei Positiva. O autor tem reflectido sobre esta problemática, nomeadamente sobre a Natureza das Coisas – v. *Teoria Geral, Relatório, op.cit.*, p. 19-57; *Teoria Geral, op.cit.*, p. 30-34; *A Natureza das Coisas*, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel Gomes da Silva, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2001.

¹³⁶ No sentido teleológico que lhe é dado por Werner Maihofer, *Die Natur der Sache*, apud Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral, Relatório, op.cit.*, p. 20.

¹³⁷ Num sentido relacional e analógico, como em Arthur Kaufmann, *Analogie und “Natur der Sache”*, citado por Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral, Relatório, op. cit.*, p. 20.

sociedade. Quando se fala em Direito natural apela-se para uma ordem que está na essência (natureza) destes seres”¹³⁸.

É através da Natureza das Coisas que o Direito recebe de fora (ou remete para fora) os critérios de ordem ética e social que fundam muitos dos juízos jurídicos. É o caso dos critérios da equidade, dos bons costumes, da ordem pública, dos usos do tráfego, da boa fé, do fim social e económico, da relevância da alteração das circunstâncias.

E é igualmente por intermédio na Natureza das Coisas que o Direito se confronta com realidades que não pode ignorar (*rectius*, com que, muitas vezes, tem que se conformar), como sejam, por exemplo: o nascimento e a morte, os limites impostos pela Natureza às pessoas e à sua liberdade, a maturidade como bitola para fixar a maioridade ou as incapacidades dos menores.

Pode dizer-se que a Natureza das Coisas exerce a sua influência sobre o Direito em dois momentos (no momento da criação da norma e no da decisão) e de duas formas (influência limitadora ou condicionadora da legislação e influência orientadora da concretização).

O processo de positivação do Direito desenvolve-se em dois planos, a saber: o da legislação e o da concretização.

No plano da criação da norma (*Gesetzgebung*), o legislador não tem liberdade absoluta, mas faz a relação, a assimilação entre dever-ser e ser, *i.e.*, entre, por um lado, a Ideia de Direito e os princípios jurídicos (sob o prisma da Natureza das Coisas) e, por outro, a facticidade possível ou previsível.

No plano da concretização (*applicatio, Rechtsfindung*), o aplicador da norma também não age arbitrariamente, pois faz a assimilação entre o facto concreto e a norma positiva.

Quer no plano da criação da norma, quer no da sua concretização, a Natureza das Coisas exerce influência limitativa e influência directriz.

No primeiro caso, a influência pode ser absoluta (forçando ou impedindo a positivação, como acontece relativamente a processos causais que escapam ao controlo do homem) ou não. Neste último caso, estariam as situações de legislação desrazoável, que acaba por ser ignorada, cair em desuso ou ser revogada por pressão social.

¹³⁸ *O Direito, op. cit.*, pp. 201-203.

No âmbito da criação de normas, a Natureza das Coisas desempenha um papel de mediação ente o *dever-ser* (princípios ético-jurídicos) e o *ser* (facticidade possível).

Aliás, o mesmo acontece no momento da concretização, muito embora, neste plano, o *dever-ser* seja constituído não só pelos princípios ético-jurídicos, mas também pelas normas positivadas e o *ser* não diga respeito à facticidade possível, mas à facticidade concreta.

No processo de concretização – na perspectiva de uma possível solução - entra em jogo, desencadeando-o, um “pré-entendimento”, através do qual se opera a antecipação do facto juridicamente relevante e da norma potencialmente aplicável. Este “pré-entendimento” funda-se na cultura jurídica do aplicador da norma, no sentimento jurídico, nos *entia moralia*, ou seja, na Natureza das Coisas.

Ora, acontece que não raro é necessário proceder à concretização de cláusulas gerais e conceitos indeterminados, sendo certo que o critério a utilizar radica em padrões éticos supra-legais ou na Natureza das Coisas.

E para que a Natureza das Coisas funcione eficazmente como operador jurídico e como “fonte de critério de acção e decisão”¹³⁹ é necessário determinar, com um mínimo de precisão¹⁴⁰, o que são as coisas, qual a sua natureza e de que modo podem ser eficazes no Direito.

Para RADBRUCH¹⁴¹ as coisas são a matéria sobre a qual o Direito incide e rege e compreendem a facticidade juridicamente relevante (incluindo as pessoas na sua feição empírica), os dados e formas sociais prévios às relações jurídicas (regidos pelos costumes, tradições, usos) e o direito vigente.

KAUFMANN elege o tipo como a base operativa da Natureza das Coisas e para LARENZ as coisas são típicas relações da vida, relações repetitivas, dados fundamentais da natureza

¹³⁹ A expressão é de Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral, Relatório, op. cit.*, p. 53.

¹⁴⁰ O papel e o modo de ser da “precisão” no Direito não pode esquecer que este se apresenta em duas dimensões: como *Scientia (Epistème)* – em que se pretende alcançar a verdade - e como *Prudentia (Phronesis)* – em que se procura chegar à solução justa no caso concreto. E, como adverte Oliveira Ascensão (*O Direito, op. cit.*, pp. 14,15), “a prudência não é segurança, está mais próxima da sabedoria”. Nesta perspectiva, deveria o Direito libertar-se de um aparente complexo de inferioridade perante as ciências naturais, que o terá levado a buscar a precisão a todo o custo, no pressuposto (quicá nem sempre certo) da necessidade de o fazer para lhe ser reconhecida cientificidade.

¹⁴¹ Gustav Radbruch, *Die Natur der Sache als juristische Denkform*, apud Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral, Relatório, op.cit.*, pp. 54-56.

corporal, anímica e espiritual do homem, que devem ser tidos em conta pelo Direito¹⁴². O método tipológico implica a comparação entre o caso e o tipo e entre o tipo e a norma, exigindo o discernimento de semelhanças e diferenças, bem como a gradação da correspondência num processo analógico de concretização¹⁴³.

E OLIVEIRA ASCENSÃO, neste contexto, distingue a ordem natural e a ordem social. A ordem natural “é uma ordem de necessidade” da qual resulta uma ordem e uma lei técnica (“uma outra expressão da lei natural”) que tem apenas “aparência de normatividade”. A ordem social é uma ordem “da liberdade” (“E teria de ser assim, pois que se trata de direito, e o direito pressupõe liberdade, até na susceptibilidade de violação”), uma “ordem da cultura do outro”, efectivamente vigente na sociedade. Aqui há componentes fácticos (reportados ao domínio do ser) e “ingredientes éticos ou normativos”, cujo sentido só se apreende como um “dever ser assim”¹⁴⁴.

Quanto ao significado da natureza destas coisas, RADBRUCH situa-a na sua essência, no seu sentido. KAUFMANN explica que não é facto nem norma, mas sim um *tertium* que permite assimilar e relacionar a facticidade e a normatividade, o *ser* e o *dever-ser*.

Para OLIVEIRA ASCENSÃO, trata-se da “natureza da sociedade, fenómeno cultural, e do homem como elemento primário da sociedade”, “acima de tudo a natureza espiritual” do homem, uma vez que o “homem tem fins próprios, que o contrapõem à natureza exterior”¹⁴⁵.

Finalmente, sobre o modo de eficácia da Natureza das Coisas no Direito, RADBRUCH entende que se trata de um meio de interpretação e integração (na concretização) e de uma ideia directriz influenciadora do legislador. KAUFMANN e LARENZ admitem igualmente o contributo da Natureza das Coisas para a realização e concretização do Direito.

¹⁴² Arthur Kaufmann, *Analogie und “Natur der Sache”*, Karl Larenz, *Wegweiser zu richterlicher Rechtsschöpfung*, apud Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral, Relatório*, op. cit., pp. 54-56.

¹⁴³ Nesse sentido, o método tipológico assemelhar-se-á à ‘fuzzy logic’ (lógica difusa), considerada na vanguarda do pensamento jurídico - presente na doutrina alemã (por exemplo, em Arthur Kaufmann e Jochen Shneider) – que trabalha com relações de semelhança em vez de relações de identidade; sendo formalmente imprecisa, revela precisão substancial, pois consegue introduzir precisão na imprecisão real das coisas do Mundo.

¹⁴⁴ Oliveira Ascensão, *O Direito*, op.cit., pp. 25-32, 203.

¹⁴⁵ *Idem*, pp. 201-203.

Quanto a OLIVEIRA ASCENSÃO¹⁴⁶, chama a atenção para “o que podemos designar como o *dever ser do dever ser* da sociedade: uma ordem imanente na sociedade que vale quaisquer que sejam as concepções e as condutas que se verifiquem, porque é exigida pela natureza da sociedade e do homem, que nela se integra mas nela não se dissolve”; as regras jurídicas fazem parte da ordem do ser, da ordem efectivamente observada; as regras legais não são constituintes desta ordem mas “apenas modos de expressão da ordem jurídica, actualizados pelo intérprete, consoante as suas finalidades”; a “ordem do ser valioso” (“O próprio ser é valioso. Tem em si sentido, que não depende de uma atribuição feita pelo observador”) exprime um dever ser, pois tem a mesma imperatividade que exprime tudo o que é jurídico; a ordem natural está muito longe da “intemporalidade e da ahistoricidade do modelo jusracionalista”, pois sendo ordem duma sociedade, “cada sociedade terá a sua” e a ordem natural de hoje não é igual à ordem natural de ontem, muito embora em cada ordem natural se possa encontrar um núcleo (“o núcleo permanente da ordem natural”) que, correspondendo à “essência de toda a sociedade”, se mantém e se repete sempre; com efeito, a pessoa é um elemento permanente, uma vez que possui fins intrínsecos, *i.e.*, que nunca se deixam absorver pelos fins sociais, nem podem por estes ser postergados.

A Natureza das Coisas – sendo certo que é fragmentária e não fornece soluções para todas as questões que se colocam no exercício jurídico – não é, contudo, prescindível, quer na legislação, quer na concretização do Direito.

2.2. Princípios fundamentais do Direito Civil¹⁴⁷

Considerações gerais

O Direito Civil não existe sem um conjunto de princípios ético-jurídicos¹⁴⁸, de ordenação material ou substancial das normas jurídicas civis, muitos deles ancorados precisamente na Natureza das Coisas.

¹⁴⁶ Que, nesta matéria utiliza quase sempre a expressão “Direito Natural” (ou “ordem natural”, que diz preferir àquela) e não “Natureza das Coisas” – *cf.* Oliveira Ascensão, *O Direito*, *op.cit.*, pp. 201-216.

¹⁴⁷ Sobre se muitos dos princípios normalmente apontados como sendo de Direito Civil, não pertencerão, afinal a todo o Direito, e crítico relativamente ao método utilizado, v. Oliveira Ascensão, *Direito Civil, I*, *op.cit.*, pp. 19-21. Em sentido algo diverso, Rabindranath Capelo de Sousa, *Teoria Geral, I*, *op.cit.*, pp. 45,46, n. 77.

¹⁴⁸ Sobre os princípios fundamentais (ou gerais) do Direito Civil, v. ainda Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, *op.cit.*, pp. 11-30, *Teoria Geral, Relatório*, *op.cit.*, pp. 57-70; Luís A. Carvalho Fernandes, *Teoria Geral do*

Tais princípios podem ter carácter fundamental ou constitucional quando resultam de normas ou princípios da Lei Fundamental (encarada esta em sentido formal ou material¹⁴⁹, como decorre dos artigos 16º nº 1 e 17º da Constituição da República Portuguesa) e são interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem quando relativos aos direitos fundamentais (artigo 16º nº 2 da Constituição da República Portuguesa).

Além deles, há que contar ainda com os princípios emergentes da lei ordinária civil, quer através de enunciado geral, de recondução de várias normas ou de indução.

As “listagens” de princípios podem encontrar-se em diversos manuais. Dão-se aqui conta de algumas.

PAIS DE VASCONCELOS enumera os princípios do personalismo ético, da autonomia privada, da responsabilidade, da confiança, da boa fé, da paridade, da equivalência, da propriedade, do respeito pela família e pela sucessão por morte, e do bem comum.

MOTA PINTO considera os seguintes princípios: reconhecimento da pessoa e dos direitos de personalidade, liberdade contratual, responsabilidade civil, concessão de personalidade jurídica às pessoas colectivas, propriedade privada, família, fenómeno sucessório.

CARVALHO FERNANDES¹⁵⁰ alista, como princípios fundamentais do Direito Civil português: personificação jurídica do Homem, reconhecimento dos direitos de personalidade, consagração da igualdade dos homens perante a lei, reconhecimento da família como instituição fundamental, reconhecimento da personalidade colectiva, consagração da autonomia privada, consagração da responsabilidade civil, reconhecimento da propriedade privada, reconhecimento do fenómeno sucessório.

CAPELO DE SOUSA faz a seguinte enumeração de princípios fundamentais: da dignidade da pessoa humana, do reconhecimento da personalidade jurídica humana, da plenitude da capacidade jurídica humana, da igualdade, da tutela geral da personalidade humana, da personificação jurídica e da capacidade jurídica funcional das pessoas colectivas privadas,

Direito Civil, I, Introdução, Pressupostos da Relação Jurídica, 3ª edição revista e actualizada, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2001, pp. 68-97; Rabindranath Capelo de Sousa, *Teoria Geral, I, op. cit.*, pp. 45-88; Heinrich Ewald Hörster, *A Parte Geral do Código Civil, op.cit.*, pp. 51-92; Carlos Alberto Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3ª edição, Coimbra, 1985, p. 23 e ss.

¹⁴⁹ J.J. Gomes Canotilho fala de “fundamentalidade formal” e “material”, a propósito dos direitos fundamentais – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição, op. cit.*, p. 373.

¹⁵⁰ Que afirma inspirar-se sobretudo em Mota Pinto.

da autonomia privada, da não violação da esfera jurídica alheia, da boa fé, do equilíbrio das prestações, da proibição de autodefesa dos direitos próprios, da liberdade declarativa, da nulidade dos actos e negócios jurídicos violadores de regras imperativas.

Estes princípios não se encontram na mesma posição relativa e não são todos da mesma espécie. Assim, por exemplo, o personalismo ético é um princípio ético supralegal fundante e suprapositivo, sendo certo que o seu conteúdo é uma exigência da Ideia de Direito, o que significa que é, em geral, superior e dominante. Mas pode ceder perante a necessidade de segurança e de utilidade social.

E os diversos princípios relacionam-se uns com os outros, nuns casos em regime de complementaridade, noutros em situação de conflito.

CANARIS aponta-lhes quatro características que importa reter: “os princípios não valem sem excepção e podem entrar entre si em oposição ou em contradição; eles não têm a pretensão da exclusividade; eles ostentam o seu sentido próprio apenas numa combinação de complementação e restrição recíprocas; e eles precisam, para a sua realização, de uma concretização através de sub-princípios e valores singulares, com conteúdo material próprio”¹⁵¹.

O personalismo ético

O personalismo ético é fundamento de todo o Direito e não apenas do Direito Civil¹⁵², sendo certo que este (porque não é axiológica ou valorativamente neutro) acolhe – talvez como a sua principal valoração – o personalismo ético estóico-cristão^{153 154}.

¹⁵¹ Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, 3ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2002 (tradução de A. Menezes Cordeiro do original alemão «Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz», Berlim, 1983), p. 88; nas pp. 76 a 102 Canaris explica o sistema como ordem de princípios gerais de Direito, bem como a função e as vantagens destes na formação do sistema

¹⁵² Como, de forma esclarecida, aponta Oliveira Ascensão, *Direito Civil, I, op.cit.*, p. 20.

¹⁵³ A *Stoa* (*Stoa Poikile*) trouxe à cultura europeia um importantíssimo contributo. Com efeito, a moral estóica introduz novidades relevantes como sejam: o transcender dos limites da polis com a concepção da *cosmopolis* como *humanitas*, no âmbito da qual todos (sejam cidadãos, estrangeiros ou servos) possuem igual natureza e dignidade; a concepção de que o supremo bem é a virtude e que esta se traduz em viver em harmonia com a consciência e com a natureza; a oposição clara entre o direito positivo e o direito natural, sendo o direito positivo fundado na *recta ratio* e no direito natural.

¹⁵⁴ O cristianismo, pela pena (divinamente) inspirada de S. Paulo – confrontado, por um lado, com a Lei Moisaica, dada ao Homem por Deus, transcendente e voluntarista e, por outro, com a lei natural dos estóicos (o *logos* e a *recta ratio*) - faz uma interessante síntese, afirmando que Deus gravou a lei no coração dos homens (Carta aos Romanos, cap. 2, vers. 14,15); S. Paulo transcende o sentido judaico de único povo

O mesmo acontece, por exemplo com o BGB alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch*), que LARENZ¹⁵⁵ afirma ter por subjacente o personalismo ético de raiz kantiana. Muito embora o personalismo ético não deva ser limitado ao kantismo, já que mergulha as suas raízes na moral estóica e no cristianismo.

Disso nos dá conta GOMES DA SILVA¹⁵⁶, como facilmente se retira de algumas das suas reflexões que, *data venia*, a seguir se transcrevem: “a grandeza e a dignidade do homem, e a par e em contraste com elas a constante insatisfação, a fraqueza e pequenez perante as audácias dos seus ideais, a caducidade, enfim – essas duas ordens de aspectos antagónicos cujo conflito exprime todo o drama da humanidade, mas lhe permite também alcançar, pela vitória dos valores superiores, a glória e a felicidade – assentam as suas raízes, segundo a concepção cristã, na própria génese do universo e do tempo e na missão que neles foi atribuída ao género humano”;

E ainda: “A realização ou actuação do homem não reside, por conseguinte, na satisfação desordenada de todas as inclinações e energias que o animam, mas na conquista de um bem superior, capaz de preencher a forma que é lei do seu ser – um bem que constitui o fim para o qual tudo, no homem, se acha ordenado, e que por isso deve chamar-se fim último”; “... podendo agir sobre o mundo externo, agindo sobre nós mesmos, é no trabalho interior que encontramos a melhor condição para o exterior, tal como o sentido humano das obras externas só pode ser dado pelo princípio imanente donde derivam. E por isso a arte, que, para Santo Tomás, é a *recta ratio factibilium*, depende da moral, que é a *recta ratio agibilium*. Assim se chega, pela interpretação metafísica do homem e do seu agir, à conclusão de que a ética – a ética que já Aristóteles fundava na noção de acto, como realização da forma de casa ser, e na de ideal, bem como na natureza divina das formas – não constitui mera superestrutura sobreposta à natureza por convenção e rotina: é, no campo da actividade racional e livre, a expressão de exigência ontológica do completamento da forma pela realização do fim último, e mergulha, por conseguinte, as suas raízes no âmago da essência do homem e da própria origem dele...”.

escolhido e afirma que todos os homens são iguais perante Deus, todos têm igual dignidade, todos têm a lei gravada no coração e a todos é oferecida a possibilidade de alcançar a salvação.

¹⁵⁵ Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, *apud* Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, *op. cit.*, p. 11.

¹⁵⁶ Manuel Duarte Gomes da Silva, *Esboço de uma concepção personalista do Direito (reflexões em torno da utilização do cadáver humano para fins terapêuticos e científicos)*, in Separata da «Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa», Vol. XVII, Lisboa, 1965, pp. 61, 65, 66.

O personalismo ético pressupõe, pois, a pessoa humana como ser livre, igual, irrepetível, autónomo, “actor da vida jurídica”¹⁵⁷ e finalidade desta¹⁵⁸, centro de gravidade da ordem social, dotado de dignidade originária e própria¹⁵⁹, comum a todas e cada uma das pessoas e que não pode ser objecto de redução, alienação ou extinção. O personalismo ético é princípio ético, valor e princípio regulativo, a estar sempre presente na concretização do caso concreto. O homem não é apenas um ser biológico, “mas um ser ético, porque a sua natureza é racional (melhor, espiritual)”¹⁶⁰.

Como sinteticamente explica INÊS GODINHO: “A ontologia intrínseca ao ‘ser’ projecta-se, assim, para a interrogação das possibilidades do ‘eu’. É esta reflexividade contínua que afirma o sentido de si do Homem e o diferencia de outros seres vivos”¹⁶¹.

A principal decorrência do personalismo ético consiste no reconhecimento da personalidade e na tutela dos direitos de personalidade. É nestes últimos que se revela o conteúdo ético da personalidade. A personalidade (jurídica) não é mera susceptibilidade abstracta de direitos e obrigações ou de se ser sujeito de situações jurídicas. Não pode ser abstracta ou virtual¹⁶², porque envolve necessariamente a titularidade “actual e efectiva”¹⁶³ de direitos de personalidade.

Ademais, a personalidade é a qualidade de ser pessoa¹⁶⁴. E o que, em primeira linha, caracteriza a pessoa humana (distinguindo-a das demais formas de vida animal) não é – como na visão de Kelsen – o de ser centro de imputação de direitos e obrigações, mas é o espírito, componente da unidade corpóreo-espiritual do homem e que constitui um *alter*

¹⁵⁷ Oliveira Ascensão, *Direito Civil, I...*, op. cit., p. 37.

¹⁵⁸ Significativa, a expressão de Juan Castrillo Santos, *Autonomia y heteronomia de la voluntad en los contratos*, in Anuário de Derecho Civil, Tomo II, Fascículo II, (Abril – Junho 1949), Madrid, p. 605: “no es el hombre quien existe para el orden jurídico y la sociedad, sino la sociedad y el orden jurídico los que existen para el hombre”.

¹⁵⁹ Para S. Tomás de Aquino, “pessoa significa o que há de perfeito em toda a natureza [...]. [O] termo pessoa veio a designar aqueles que estavam constituídos em dignidade – *Summa*, I, Q 29, a3, *apud* Brunello Stancioli, Sobre os Direitos da Personalidade no Novo Código Civil Brasileiro, disponível em <http://www.hottopos.com/videtur27/brunello.htm>.

¹⁶⁰ Oliveira Ascensão, *Direito e Bioética*, in *Direito da Saúde e Bioética*, Lex, Lisboa, 1991, p. 10.

¹⁶¹ *Op.cit.*, p.26.

¹⁶² Não se veja aqui qualquer alusão ao conceito de *Rechtsfähigkeit*, adoptado pela doutrina alemã, que não distingue a personalidade jurídica e capacidade (de direito); por isso se acrescentou o vocábulo “virtual”, a fim de precisar o objectivo que decorre do texto e que é o de defender a titularidade “actual e efectiva” de direitos de personalidade.

¹⁶³ Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral, Relatório*, op.cit., p. 101.

¹⁶⁴ Preferindo utilizar este termo em vez de homem, v. Oliveira Ascensão, *Direito Civil, I, op.cit.*, p. 45, n. 43 (apesar de alguns considerarem homem o conceito ontológico prévio e pessoa o actor da vida jurídica, em função da origem teatral do vocábulo *persona* – *per sonare*, soar através de, uma vez que os actores falavam através da máscara, o que melhoraria a acústica).

face às “camadas corpóreo-materiais da vida”¹⁶⁵, podendo desdobrar-se nos sistemas afectivo, cognitivo e volitivo. Esta estrutura espiritual da pessoa permite-lhe assumir finalidades de acção (económicas, culturais, éticas, religiosas), estabelecendo e desenvolvendo relações espirituais consigo próprio, com o mundo e com Deus. Por ter consciência do seus “fins intrínsecos”¹⁶⁶, a pessoa deixa de ser mera realidade biológica e assume-se como entidade ética, “ente singular e autónomo, racional e livre e destinado a um fim transcendente”¹⁶⁷, “categoria englobante da alma e do corpo indissociáveis, dotados de razão e perfectíveis”¹⁶⁸.

A descoberta da pessoa, nos termos e com os contornos acabados de expor, é recente. Mesmo na sociedade grega clássica a pessoa era determinada pelas situações concretas em que se encontrava, despojada de qualquer ligação a uma subjectividade. Só com o humanismo cristão, o homem é transformado inequívoca e definitivamente em pessoa¹⁶⁹, sendo certo que a subjectividade inerente à noção de pessoa só exhibe o pleno das suas potencialidades por referência ao “outro”. Ademais, para o cristianismo, a ideia de pessoa implica igualmente a da relação do indivíduo com Deus, à imagem de quem, aliás, a pessoa foi criada, o que lhe confere um valor infinito. Trata-se de uma “antropologia aberta em que o ser humano e o outro se reconhecem através de Deus, e reconhecem os direitos do eu e do outro”¹⁷⁰. Esta ideia de pessoa-humana que assume a sua própria liberdade no seio de relações entre iguais, que se reconhece em todos os outros sem os quais não pode ser, possibilitou a criação das bases da personalidade humana individual.

A personalidade – que possui um “carácter unitário, complexo, integrado e dinâmico”¹⁷¹ - é composta por uma grande multiplicidade e diversidade de elementos que se fundem num conjunto, numa dinâmica própria que ultrapassa a sua mera soma. A admitir-se esta ideia, poderá então afirmar-se que a identificação de um bem particular da personalidade não é mais do que a configuração de certo corte sectorial dessa personalidade, pelo que a

¹⁶⁵ Rabindranath Capelo de Sousa, *O Direito Geral de Personalidade*, op. cit., p. 229.

¹⁶⁶ Oliveira Ascensão, *Direito Civil, I*, op.cit., p. 47.

¹⁶⁷ Gomes da Silva, *Esboço de uma concepção personalista do Direito*, op.cit. p. 133.

¹⁶⁸ Diogo Leite de Campos, *Nós - Estudos sobre o Direito das pessoas*, Almedina, Coimbra, 2004, p. 13.

¹⁶⁹ Mesmo os estóicos, que terão contribuído para a construção da concepção de pessoa, nunca lhe atribuíram a base metafísica que se deve ao cristianismo.

¹⁷⁰ Leite de Campos, *Nós - Estudos...*, op.cit., p. 28, 29; sobre o cristianismo e os direitos da pessoa, v. as páginas 28 a 33; em geral, sobre a génese dos direitos da pessoa, v. as páginas 13 a 55.

¹⁷¹ Capelo de Sousa, *O Direito Geral...*, op.cit., p. 199; v. as páginas 198 a 359 sobre a estrutura bipolar do bem personalidade, bem como sobre a identificação das várias zonas e expressões da personalidade.

compreensão do caso concreto exigirá sempre quer a consideração de outros sectores da personalidade, quer também a referência à matriz unificante da personalidade em geral.

É ainda possível falar de uma estrutura bipolar da personalidade humana, ideia que parece ter tido acolhimento no artigo 70º nº 1 do Código Civil ao afirmar que “a lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral”. Tal estrutura bipolar (personalidade física / personalidade moral) inclui, pois, não só os elementos da sua organização e da sua unidade somático-psíquica, mas também as expressões da sua “unidade funcional eu-mundo”¹⁷².

O personalismo ético não admite, em nenhuma circunstância, a privação da personalidade (*i.e.*, a qualidade de ser pessoa, nos termos expostos supra), a recusa do seu reconhecimento, nem sequer a sua graduação. Com efeito, a personalidade humana, por ser originária e inerente à qualidade de pessoa, não é uma construção do Direito, é um *prius*, que o Direito se limita a reconhecer e a tutelar.

Do seu cariz originário e intrínseco à qualidade humana, resulta igualmente que a personalidade não pode ser alienada, limitada, condicionada, nem pode dela alguém ser privado. A personalidade não é, por isso, algo que possa ser atribuído ou recusado pelo Direito, que se limita a reconhecer às pessoas humanas a sua personalidade e dignidade originárias, donde decorre que a susceptibilidade de direitos e obrigações (da sua titularidade ou de deles ser sujeito) é uma consequência da personalidade e não a sua causa. Este entendimento é o único que não esvazia o conceito de personalidade da sua dimensão ética e substancial e possui, ademais, a virtude de a defender contra os perigos (historicamente comprovados) de condicionamento, manipulação ou recusa da personalidade.

O princípio do bem comum¹⁷³

Sendo inegável que a ideia de pessoa humana (viva e concreta) deve ter o primado¹⁷⁴ em toda a construção do Direito, e que este se destina a assegurar o fim a dignidade que são

¹⁷² Capelo de Sousa, *O Direito Geral...*, *op.cit.*, p. 244.

¹⁷³ Existem “*diferentes visões do bem comum*”, como bem se aponta no Parecer Nº p/05/APB/06 da Associação Portuguesa de Bioética (em linha); (consultado em 15.05.2016), disponível em http://www.apbioetica.org/fotos/gca/12802556471148471346directivas_medicas_parecer_05.pdf.

¹⁷⁴ Trata-se da ideia do “primado da pessoa humana concreta”, na terminologia de Gomes da Silva, *Esboço de uma concepção personalista do Direito*, *op.cit.*, p. 131.

próprias à personalidade humana¹⁷⁵ – o que coloca a pessoa no centro do Direito – não pode, contudo, excluir-se a necessidade de solidariedade¹⁷⁶ de todas as pessoas e de cada uma das pessoas com as demais. Ou seja, personalismo não se confunde com egoísmo, porque o Direito não ignora a sociedade, a ordem social, e o interesse comum a esta subjacente.

O princípio do bem comum¹⁷⁷ exprime, pois, o interesse da comunidade em que as pessoas se inserem - interesse que em certos casos deve prevalecer – e traduz-se na ordem pública; por isso se diz que funda a heteronomia no Direito.

Este balanceamento que se impõe fazer entre o egoísmo dos interesses individuais (que encontra expressão, por exemplo, na autonomia individual e até mesmo nos direitos de personalidade) e a solidariedade de cada um com o outro, com a comunidade, levanta a questão de saber se não fará sentido falar – a par de direitos de personalidade – em deveres ou “vinculações de personalidade”¹⁷⁸.

A resposta há-de ser necessariamente afirmativa, pois que tais vinculações de personalidade podem de algum modo combater a tendência para transformar os direitos de personalidade em instrumentos para mera satisfação de egoísmos¹⁷⁹, com completa postergação da solidariedade e interesses sociais.

Por isso, pergunta LEITE DE CAMPOS: “Mas será que se pode deixar de viver-com-os-outros?” E conclui que “não há que escolher entre a absolutização do social que leva à escravidão, e a absolutização do individual, delírio de poder que também conduz á escravidão (do próprio e dos outros). Há que determinar o equilíbrio do homem-ser-social, dando o seu justo espaço ao público e ao privado”¹⁸⁰.

¹⁷⁵ Sob pena de se negar “a própria essência do direito” – *idem*, p. 133.

¹⁷⁶ Sobre a solidariedade no direito civil, v. Adriano de Cupis, *La solidarietà umana nel Diritto Civile*, in *Rivista di Diritto Civile*, Anno XXI, 1985, Parte Seconda, Cedam, Pádova, 1985, pp. 621-624, onde o autor afirma que “*la solidarietà ... supera la frontiera dell’egoismo individuale, positivamente realizzando un’istanza ética immanente allo spirito umano*”.

¹⁷⁷ Que é de raiz aristotélica e encontra particular expressão no tomismo e no neo-tomismo.

¹⁷⁸ Carvalho Fernandes, *Teoria Geral...*, *op.cit.*, pp. 216, 217.

¹⁷⁹ Oliveira Ascensão, a propósito do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada e comentando “o esvaziamento do conteúdo ético deste direito” fala do perigo de o Direito da Personalidade poder transformar-se no “direito dos egoísmos privados” – *Direito Civil, I, op.cit.*, pp. 120, 121.

¹⁸⁰ *Nós - Estudos sobre o Direito das pessoas, op.cit.*, p. 130.

2.3. O fundamento ético dos direitos de personalidade

Somente a partir do final do século XVIII é que os direitos de personalidade surgiram como problema jurídico, social e político e se começaram a afirmar como categoria autónoma^{181 182}.

Os direitos da personalidade possuem fundamento ético, asserção que não pode deixar de se relacionar com a dignidade da pessoa humana, verdadeira imposição ontológica e ponto de partida do ordenamento jurídico. É precisamente a dignidade da pessoa humana que impõe que a cada homem sejam reconhecidos direitos que a assegurem. Os direitos de personalidade estão seguramente entre tais.

São direitos subjectivos, absolutos¹⁸³ (*i.e.*, oponíveis *erga omnes*, não estando fundados numa relação) e pessoais, que têm por objecto¹⁸⁴ os bens da personalidade (sendo estes demarcados, por abstracção, das pessoas e podendo ter um substrato corpóreo ou não) ou, na terminologia de DE CUPIS, “um modo de ser físico ou moral da pessoa”¹⁸⁵. Os referidos bens são os “mais preciosos da pessoa [...] modos de ser físicos ou morais, aptos a satisfazer as correspondentes necessidades de ordem física ou moral”¹⁸⁶.

É precisamente nos direitos de personalidade que a prioridade da pessoa humana encontra expressão, uma vez que o fim daqueles é assegurar a sua realização ética. Este fundamento ético constitui, aliás, o critério destrinchador de outros direitos pessoais. E justifica, ademais, a janela aberta no sistema positivo (artigo 70º do Código Civil), que permite que aspectos não previstos por lei sejam englobados nos direitos de personalidade, desde que

¹⁸¹ Menezes Cordeiro vê, no entanto, nos textos fundamentais de Hugo Donellus a “certidão de nascimento dos modernos direitos de personalidade” – *Tratado, I, Tomo III, op.cit.*, p. 34.

¹⁸² Relativamente aos antecedentes e ao processo de reconhecimento dos direitos de personalidade, v. Capelo de Sousa, *O Direito Geral, op.cit.*, pp. 27-93. Também esclarecedores sobre a problemática dos direitos de personalidade e o “direito da personalidade”: Menezes Cordeiro, *Tratado, I, Tomo III, op.cit.*, pp. 29-255; Oliveira Ascensão, *Direito Civil, I, op.cit.*, p. 72-133, *Direito Civil, Teoria Geral, Volume III (Relações e situações jurídicas)*, Coimbra Editora, 2002, pp. 94-97; Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral, op.cit.*, pp. 35-88; Carvalho Fernandes, *Teoria Geral, I, op.cit.*, pp. 75, 214-232; Adriano de Cupis, *Os Direitos de Personalidade*, Moraes, Lisboa, 1961; Leite de Campos, *Nós – Estudos, op.cit.*, pp. 151-163 (Os Direitos da Personalidade: Categoria em Reapreciação).

¹⁸³ Sobre as reflexões que estas qualificações suscitam, v. Oliveira Ascensão, *Direito Civil, III, op.cit.*, pp. 94, 95; Menezes Cordeiro, *Tratado, I, Tomo III, op.cit.*, pp. 79, 80, 95, 96.; Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral, op.cit.*, pp. 39-44, que distingue entre direito objectivo e direito subjectivo de personalidade, apontando como principal critério diferenciador a indisponibilidade ou disponibilidade. Não é acompanhado por Oliveira Ascensão, para quem a disponibilidade não é característica do direito subjectivo.

¹⁸⁴ Definido este, não tanto como um *quid exterior* (o que só se verifica nas coisas), mas como “o termo funcional de referência de uma dada afectação” – Oliveira Ascensão, *Direito Civil, III, op.cit.* p. 96.

¹⁸⁵ *Os Direitos da Personalidade, op.cit.*, p. 29.

¹⁸⁶ Mário de Brito, *Código Civil Anotado, Volume I, Tomo I*, edição do autor, 1967, p. 85.

necessários para exprimir e assegurar a dignidade da pessoa, Trata-se, pois, de admitir a intromissão de conteúdos ônticos, pressupostos pela personalidade ética.

Por este seu carácter essencial, aos direitos de personalidade corresponde normalmente uma tutela superior¹⁸⁷ à de outros direitos, o que se justifica pela sua densidade e prioridade ôntica.

Na verdade, se os direitos de personalidade constituem projecções da própria personalidade humana, não podem deixar de ficar marcados por um forte conteúdo ético. Esta asserção, a aceitar-se, tem implicações. Assim, mesmo no que concerne aos chamados direitos especiais de personalidade (*i.e.*, que se encontram previstos na lei como tais), não podemos limitar-nos “à verificação nominalística de que estão incluídos entre os direitos de personalidade para tirar consequências em todos os casos”¹⁸⁸. Nesta linha de pensamento, haveria sempre que verificar se respeitarão, ou não, a “aspectos periféricos”, sem o essencial conteúdo ético e, portanto, fora da tutela geral da personalidade.

2.4. Características dos direitos de personalidade¹⁸⁹

Indisponibilidade

A indisponibilidade é uma característica normalmente apontada aos direitos de personalidade. Para CARVALHO FERNANDES, isso significa que estão subtraídos ao jogo da livre vontade do seu titular, razão pela qual, como regra, o titular de um direito de personalidade não pode validamente renunciar a ele ou limitá-lo¹⁹⁰.

¹⁸⁷ Não se está a defender a “prevalência” como característica dos direitos de personalidade, mas tão só a constatar que, em muitas situações concretas, no caso de conflito de direitos (artigo 335º do Código Civil) a jurisprudência tem conferido bastante relevo aos direitos de personalidade; sobre a jurisprudência portuguesa e os direitos de personalidade, com indicação de extensa lista de decisões judiciais, v. Menezes Cordeiro, *Tratado, I, Tomo III, op.cit.*, pp. 64-74.

¹⁸⁸ Oliveira Ascensão, *Direito Civil, I, op.cit.*, p. 79, que fornece um exemplo, relacionado com a previsão do direito à imagem (artigo 79º do Código Civil), afirmando que, não obstante a previsão legal, não se descortina nenhuma exigência ética supra-positiva na faculdade, conferida a um jogador de futebol, de exigir dinheiro pela utilização da sua imagem.

¹⁸⁹ Abordam-se apenas as características dos direitos de personalidade com repercussão no tratamento do tema da presente dissertação.

¹⁹⁰ *Teoria Geral, I, op.cit.*, pp. 218, 219.

Por seu turno, OLIVEIRA ASCENSÃO¹⁹¹ mostra que a indisponibilidade dos direitos de personalidade implica que os mesmos são intransmissíveis (não podem ser objecto de cessão ou sucessão), irrenunciáveis (o titular pode renunciar ao exercício, mas não ao direito em si) e só escassamente restringíveis através de negócio jurídico. Os limites convencionais aos direitos de personalidade, quando admissíveis, estão sujeitos a apertadas reservas, conforme resulta do disposto no artigo 81º do Código Civil.

DE CUPIS também assinala a indisponibilidade dos direitos de personalidade, ou seja, “a falta, no sujeito, da faculdade ou poder de disposição”¹⁹², uma vez que os direitos de personalidade estão “subtraídos à disposição individual tanto quanto a própria personalidade”. Por outro lado, a ausência da faculdade de disposição relativamente aos direitos de personalidade “integra-se pela falta da faculdade de renúncia”, já que os mesmos são irrenunciáveis atento o seu carácter de essencialidade. Não constitui renúncia o chamado “consentimento do lesado”, uma vez que “os direitos de personalidade podem ser revestidos daquele particular e mais modesto aspecto da faculdade de dispor que é constituído pela faculdade de consentir na lesão: quando se diz que eles são indisponíveis, desprovidos da faculdade de disposição, a expressão deve ser entendida nestes termos”¹⁹³.

MENEZES CORDEIRO afirma que os direitos de personalidade, por representarem, como quaisquer outros direitos subjectivos, posições de liberdade, implicam disponibilidade, embora com as restrições decorrentes do artigo 81º do Código Civil¹⁹⁴, posição que subscrevemos.

Absolutidade¹⁹⁵

A separação entre direitos relativos e direitos absolutos tem na sua origem a distinção entre *actio in rem* e *actio in personam*, sendo os direitos relativos uma abstracção a partir destes últimos e os direitos absolutos uma generalização dos primeiros.

¹⁹¹ *Direito Civil, I, op.cit.*, p. 93.

¹⁹² *Os Direitos de Personalidade, op.cit.*, pp. 49, 50, onde se define a faculdade de disposição como a “faculdade de determinar o destino do direito subjectivo, ou a faculdade de actuar sobre mesmo direito segundo a própria vontade”.

¹⁹³ *Idem*, pp. 53-57.

¹⁹⁴ *Tratado, I, Tomo III, op.cit.*, p. 107.

¹⁹⁵ Na abordagem *infra* das características dos direitos de personalidade seguiu-se de perto a perspectiva de José Alberto González, *op.cit.*, pp.18-44.

Numa “formulação moderada”¹⁹⁶, pode dizer-se que são direitos relativos os que subentendem uma relação jurídica entre sujeito activo e sujeito passivo, sendo que sem a posição jurídica de que um deles é titular, a do outro não pode subsistir e vice-versa¹⁹⁷. Os direitos absolutos são aqueles cuja existência não depende da presença de outra posição jurídica (passiva) que simetricamente os sustente.

E abstracto, os direitos de personalidade são estruturalmente absolutos, porquanto o seu exercício depende exclusivamente do respectivo titular, não dependendo para o efeito de qualquer conduta de terceiro¹⁹⁸. Mas em concreto, *i.e.* ao produzir-se a sua corporização entre certa ou certas pessoas, desenvolvem-se em termos relativos.

Pessoalidade

Os direitos de personalidade são originários, no sentido de que são conaturais ao sujeito de direito, decorrem exclusivamente do mero reconhecimento da personalidade jurídica¹⁹⁹. E são intransmissíveis, uma vez que não se podem separar do seu titular.

A sua pessoalidade tem ainda outra implicação, a saber: são insusceptíveis de exercício por intermédio de terceiro, designadamente mediante a intervenção de procurador. No caso das declarações antecipadas de vontade em matéria de cuidados de saúde, a lei portuguesa (á semelhança do que ocorre em diversos ordenamentos jurídicos) prevê expressamente a figura do procurador de cuidados de saúde, como se analisará *infra*, o que parece constituir um desvio à regra²⁰⁰.

A imprescritibilidade e a irrenunciabilidade (artigo 69º do CC) são outras características que decorrem da pessoalidade. No entanto, a irrenunciabilidade não impede limitações ou restrições, como decorre do artigo 81º do Código Civil.

A preferência

¹⁹⁶ *Idem*, p.20.

¹⁹⁷ O exemplo clássico é o dos direitos de crédito.

¹⁹⁸ E, nessa perspectiva, assemelham-se aos direitos reais.

¹⁹⁹ Capelo de Sousa, *op.cit.*, p.41.

²⁰⁰ Outro desvio à regra parece ser a possibilidade de persistência do mandato, em certas condições, nas acções de interdição e na defesa do arguido – *cf.* Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18.02.1986, P.73.785, Bol. Do Min. da Just., 354, 473, *apud* José Alberto González, *op.cit.*, p.36, n.66.

Em geral, os direitos de personalidade preferem²⁰¹ sobre os direitos das demais espécies²⁰². A lista de direitos fundamentais contida na CRP revela uma hierarquia que coloca em primeiro lugar os “Direitos Liberdades e Garantias” pessoais, por força da tutela da dignidade da pessoa humana.

Ora, os direitos de personalidade – tradução privatística dos direitos fundamentais – estão, por isso (em abstracto), no cume da pirâmide dos direitos subjectivos particulares. É por essa razão que, em caso de colisão, prevalecem, em princípio, sobre os demais direitos (artigo 335º nº2 do CC).

Com efeito, atendendo à sua natureza absoluta, dificilmente um facto lesivo de direitos de personalidade estará justificado por um qualquer exercício de um outro direito. Nesses casos poderá haver uma colisão de direitos, perante a qual, o direito de personalidade, em regra, prevalecerá, como se referiu. Este tem sido também o entendimento seguido nos nossos tribunais²⁰⁴.

²⁰¹ Trata-se de uma preferência tendencial.

²⁰² “na interpretação do artigo 335º do Código Civil a propósito da colisão entre um direito de personalidade e um outro direito que não de personalidade, devem prevalecer, em princípio, os bens ou valores pessoais aos bens ou valores patrimoniais” (acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13.03.1997, Proc. 96B557), *apud* José Alberto González, *op.cit.*, p.40, n.80.

²⁰³ Sobre esta questão, Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português I Parte Geral, Tomo III Pessoas, op. cit.*, pp. 99-100, chama a atenção para o facto de apesar de uma apetência para reconhecer a prevalência dos direitos de personalidade, nenhuma regra a tanto o obriga pelo que, caso a caso, haverá que analisar o regime concretamente aplicável. Ainda do mesmo autor *v. Tratado de Direito Civil Português I Parte Geral, Tomo IV, Exercício Jurídico*, Almedina, Coimbra, 2004, p. 379 e ss.. No Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 20 de Fevereiro de 1992 (Relator Almeida Valadas), CJ, Tomo I, 1992, p. 160, também se entendeu que os direitos de diferente natureza em conflito, por exemplo, direitos de personalidade e direitos patrimoniais, não implicam sempre e necessariamente a prevalência de uns sobre outros, tudo dependendo da relatividade concreta dos interesses e dos factos provados.

²⁰⁴ Assim: Segundo o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 29 de Outubro de 2003 (MANSO RAINHO) a providência cautelar que proíba o funcionamento de máquinas entre as 21 horas e as 8 horas do dia seguinte, cuja utilização impede o repouso, não pode ser recusada com uma suposta perda dos postos de trabalho dos trabalhadores da unidade fabril, porque num eventual conflito, os direitos em confronto são de espécies diferentes e desiguais, prevalecendo os direitos de personalidade das pessoas afectadas pelos ruídos, sobre os de carácter patrimonial dos trabalhadores. No Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 15 de Janeiro de 2002 (SILVA FREITAS; QUINTELA PROENÇA voto vencido), afirma-se que os direitos de personalidade devem considerar-se superiores ao direito ao trabalho e livre iniciativa económica, o que não significa sempre a proibição total do direito inferior, havendo situações em que pode ser parcialmente exercido, desde que não colida com a tutela razoável do direito superior. Segundo o Acórdão do STJ, de 26 de Setembro de 2000 (SILVA SALAZAR), a aplicação do artigo 335.º do Cód. Civil conduz a que a liberdade de expressão não possa atentar, em princípio, contra o direito ao bom nome e reputação, salvo quando estiver em causa um interesse público que se sobreponha àqueles e a divulgação seja feita de forma a não exceder o necessário a tal divulgação. No Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra, de 15 de Fevereiro de 2000 (TAVEIRA BARROS)(39), decidiu-se que os direitos de personalidade prevalecem sobre o direito de propriedade, mas este não pode aprioristicamente ser sacrificado àquele, havendo que, caso a caso, averiguar se a prevalência dos primeiros não resulta em desproporção intolerável face aos interesses em juízo. Segundo o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 15 de Junho de 1999 (BETTENCOURT FARIA), o direito à

Ainda a este propósito, MENEZES CORDEIRO²⁰⁵ chama a atenção para o “facto de a actividade danosa estar lançada pela autoridade pública competente», conforme sucede muitas vezes com bares, discotecas ou outros estabelecimentos comerciais, «não legitima o atentado à vida ou à integridade física (ou moral) dos cidadãos, nem coíbe os tribunais comuns de se ocuparem do assunto”. Quanto muito, o “facto [...] poderá apenas constituir uma presunção de que os direitos de terceiros não são atingidos. Mas é possível a contradita”.

No caso da declaração antecipada de vontade em matéria de cuidados de saúde exprime-se a liberdade pessoal do seu autor que pode entrar em conflito com o dever de tratamento que incide sobre o médico (por exemplo, na situação de recusa de um determinado tratamento). Não se trata tanto de uma colisão de direitos, mas de um conflito entre um direito (de personalidade) do autor da declaração e um dever do médico. Nesse conflito prevalece o direito de personalidade do autor da declaração validamente feita²⁰⁶.

2.5. Limitações voluntárias aos direitos de personalidade

2.5.1. Limitações voluntárias, conformação do objecto do direito pelo seu titular e não exercício do direito: distinção

Importa distinguir duas outras situações que, podendo embora ter implicações em sede de exercício de direitos de personalidade, não se devem confundir com limitações voluntárias a estes.

Uma de tais situações consiste, pura e simplesmente, no não exercício do direito, ou seja, no não exercício das faculdades jurídicas do mesmo integrantes. O não exercício não implica nem a extinção, nem qualquer limitação ao direito.

qualidade de vida, como direito de personalidade que é, prevalece perante direito de carácter económico. — No Acórdão do STJ, de 26 de Abril de 1995 (CARDONA FERREIRA), decidiu-se que num conflito de valores e interesses entre a laboração de uma instalação fabril e um ambiente de vida humana, sadio e equilibrado, deve dar-se prevalência a este último. *Apud* Tiago Soares da Fonseca, *A tutela judicial civil dos direitos de personalidade - Um Olhar Sobre a Jurisprudência*, (em linha), (consultado em 18.05.2016), disponível em http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idsc=47773&ida=47781.

²⁰⁵ *Tratado de Direito Civil Português I, Parte Geral, Tomo III ...*, *op.cit.*, pp. 140-142.

²⁰⁶ José Alberto González, *op.cit.*, p.44.

Caso diferente é o da possibilidade de conformação do objecto do direito pelo seu titular²⁰⁷.

A determinação do maior ou menor alcance dos bens ou interesses de personalidade, tais como a vida, a integridade física ou a imagem de uma pessoa - tutelados e protegidos pelos respectivos direitos de personalidade - opera-se de forma independente da vontade ou actuação do titular de tais direitos, uma vez que se trata de direitos que protegem bens determináveis independentemente de tal vontade ou actuação²⁰⁸.

Pode, no entanto, acontecer de forma diversa em relação a certos direitos de personalidade, de que constitui exemplo elucidativo o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. Aqui a definição do alcance da sua vida privada é, em certa medida, função do próprio titular. Com efeito, este pode desde logo modelar o objecto de protecção do direito à reserva em termos diferentes do que se passa, por exemplo, no direito à vida ou no direito à integridade física.

Assim²⁰⁹, parece inegável a distinção entre o alcance (o conjunto dos aspectos integrantes) da vida privada de uma pessoa que tenha reduzido ao mínimo a sua interacção social e mantenha deliberadamente resguardada dos outros a sua esfera privada, e a de uma pessoa que leve uma vida mundana, de grande interacção social, sem segredos para ninguém. A diferença tem, aliás, suporte legal no artigo 80º nº 2 do Código Civil, ao prescrever que “a extensão da reserva é definida conforme a natureza do caso e a condição das pessoas”.

Parece inegável que não estaremos, então, perante uma limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, uma vez que o que está em causa é a definição, por actuação do titular, do objecto²¹⁰ do direito. Ou seja, do que se trata é da conformação do objecto do direito a que se refere a autodeterminação informativa em apreço – a vida privada – pelo seu próprio titular. Tal conformação opera-se, normalmente, por actos

²⁰⁷ Sobre esta matéria, v. Paulo Mota Pinto, *A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*, in Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues, Volume II, Coimbra Editora, 2001, pp. 528-533.

²⁰⁸ Mesmo que o respectivo conteúdo inclua igualmente, além da inviolabilidade perante agressões externas, um controlo sobre informação, como aliás se passa no direito à imagem.

²⁰⁹ Sem sequer trazer à colação a problemática particular das figuras públicas.

²¹⁰ De qualquer modo, tratar-se-ia apenas de limites internos, que resultam do próprio objecto e conteúdo do direito, e não de limites extrínsecos (definidos por confronto com outros bens ou direitos igualmente tutelados).

materiais ou reais (simples actos jurídicos), que produzem efeitos *ex lege* e são, portanto, relevantes no âmbito da própria previsão legal do direito.

A relevância deste entendimento não é despicienda. Não se tratando de limitação voluntária, fica dispensada a vontade de consentir na limitação do direito.

Por outro lado, não se reconduzindo a determinação pelo próprio titular do que integra a sua vida privada à situação de limitação voluntária, hão-se daqui retirar-se consequências práticas no que se refere à inaplicabilidade dos limites dos bons costumes ou da ordem pública (artigo 81º do Código Civil), bem como à revogabilidade. Dito de outro modo: uma pré-existente notoriedade de certos aspectos da vida privada, molda os contornos do objecto e âmbito do direito, deixando tais aspectos de ser privados, sendo certo que a referida conformação do objecto do direito pela própria pessoa²¹¹, não está – “sob pena de restrição intolerável da liberdade de conformação da vida privada”²¹² – sujeita aos limites de ordem pública ou bons costumes.

2.5.2. Limitações voluntárias aos direitos de personalidade

O artigo 70º, n.º 1 do Código Civil dispõe que *“a lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou moral à sua personalidade física ou moral”*.

Mas no artigo 81º do CC prevê-se expressamente a possibilidade de limitação voluntária dos direitos de personalidade (essa é precisamente a epígrafe do preceito), desde que respeitados os critérios ali enunciados:

“1. Toda a limitação voluntária ao exercício dos direitos de personalidade é nula, se for contrária aos princípios da ordem pública.

2. A limitação voluntária, quando legal, é sempre revogável, ainda que com obrigação de indemnizar os prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte”.

²¹¹ Pressupõe-se, assim, que a notoriedade dos factos resultou de conduta lícita e imputável ao próprio titular do direito.

²¹² P. Mota Pinto, *A limitação voluntária*, op. cit., p. 533, n. 11.

Atendendo às suas características, nomeadamente a sua indisponibilidade, poderia pensar-se que pelo menos alguns direitos de personalidade (os que comporiam o núcleo duro²¹³ desta), estariam fora da esfera de autonomia do seu titular e, nessa medida, não admitiriam qualquer limitação.

Mas, no nosso entender, não é assim. Não é assim porque o artigo 81º do CC não exclui (da previsão de limitação) nenhum dos direitos da personalidade. E também porque tal possibilidade de limitação (embora em termos e com os contornos de que dará conta o longo deste estudo) decorre da ponderação de diversos institutos, direitos e princípios, com aqueles conexos, ponderação que importa fazer.

Embora a propósito dos direitos fundamentais (muitos dos quais são direitos de personalidade²¹⁴), MAC CRORIE²¹⁵ vem mesmo defender a possibilidade de renúncia (e não mera limitação) de direitos fundamentais, não sendo sequer sensível à (possível) distinção entre renúncia ao exercício e renúncia à titularidade, mas apenas considerando relevante a distinção (quanto a terminados direitos fundamentais, como o direito à vida) entre renúncia definitiva e irreversível e renúncia não definitiva ou reversível²¹⁶. Adoptando posição que subscrevemos (e que é perfeitamente transportável para o universo dos direitos de personalidade), defende que “o poder de disposição individual sobre posições de direitos fundamentais deriva do princípio da dignidade da pessoa humana, de um autónomo direito ao desenvolvimento da personalidade, destes dois em conjunto, ou ainda do conteúdo de autonomia presente em cada um dos direitos fundamentais em especial”²¹⁷.

²¹³ Não é pacífica a posição sobre o que constituirá tal núcleo duro.

²¹⁴ A relação entre direitos de personalidade e direitos fundamentais já foi abordada *supra*, embora de forma sucinta.

²¹⁵ Benedita Mac Crorie, *Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, *op. cit.*, 2013.

²¹⁶ *Op.cit.*, pp. 52-56.

²¹⁷ *Idem*, p.74.

CAPÍTULO IV – A RELEVÂNCIA DA VONTADE

1. Vontade, liberdade, autodeterminação e autonomia

São dois os modos de desenvolvimento da actividade espiritual do homem: o conhecer e o querer. Pelo conhecer, apreendem-se os objectos e faz-se a sua captação mental. Pelo querer, exercita-se uma faculdade em direcção a um fim ou valor.

Pode, pois, entender-se a vontade – do ponto de vista psicológico – como “uma faculdade espiritual do homem que manifesta uma tendência, um impulso para algo, a realização de um valor intelectualmente conhecido”²¹⁸, uma faculdade cujo carácter principal se encontra na tendência.

Para além de poder ser perspectivada sob este prisma psicológico, a vontade também é objecto de consideração noutros campos do conhecimento, como a ética, a filosofia e o direito²¹⁹. Assim, do ponto de vista ético, a vontade traduz-se numa atitude ou disposição moral para querer alguma coisa. Do ponto de vista filosófico, é encarada como uma “entidade a que se atribui absoluta subsistência e se converte, por isso, em substrato de todos os fenómenos”²²⁰, *i.e.*, numa espécie de motor impulsionador e director do movimento no reino das faculdades. Na perspectiva do direito, a vontade assume especial relevância, já que é elemento “constituente mínimo”²²¹ dos actos jurídicos, ou seja, dos actos a que o Direito atribui efeitos. E metafisicamente consiste numa entidade à qual se atribui absoluta subsistência e se converte, por isso, em substrato de todos os fenómenos.

Há ainda que distinguir a vontade jurídica da vontade psicológica. A psicologia conhece a vontade como um tipo especial de tendência psíquica (representação consciente de um fim

²¹⁸ Francisco dos Santos Amaral Neto, *A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica (perspectivas estrutural e funcional)*, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Ferrer-Correia, II, Boletim da Faculdade de Direito, Número Especial, Coimbra, 1989, p. 11.

²¹⁹ Sobre o papel da vontade no Direito, com referências à Willenstheorie (de que foram defensores nomes ilustres como Puchta, Savigny, Windscheid, v. A. Giulliano, *La volontà nel diritto*, in Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni, Anno LVII, nº 1-2 (gennaio-febbraio 1959), parte prima, pp. 73-75.

²²⁰ Ferrater Mora, *Diccionario de filosofia*, Buenos Aires, 1965, p. 919, *apud* Amaral Neto, *A autonomia privada*, *op.cit.*, p. 11.

²²¹ Oliveira Ascensão, *Direito Civil, Teoria Geral, Volume II (Acções e Factos Jurídicos)*, 2ª edição, Coimbra Editora, 2003, pp. 13, 14, explicando (a propósito do acto jurídico) que a relevância da vontade perante a ordem jurídica pode situar-se na voluntariedade, na intenção e na finalidade de produção de efeitos jurídicos.

e de meios adequados para o atingir) e estuda-a no campo do *ser*. O Direito analisa-a sobretudo no campo do *dever ser*, reconhecendo-a como factor de eficácia jurídica.

À possibilidade ou faculdade de actuar em harmonia com a vontade chama-se liberdade, conceito plurívoco, complexo²²², mas que assume especial importância no Direito, até pelos limites que se colocam à sua actuação. A liberdade jurídica é a possibilidade da pessoa actuar com transcendência jurídica: do ponto de vista do sujeito traduz-se no poder de criar, modificar ou extinguir situações jurídicas; do ponto de vista objectivo consiste no poder de regular juridicamente tais situações²²³. NORBERTO BOBBIO²²⁴ distingue ainda entre a liberdade “segundo a doutrina liberal” - como um estado de não impedimento (como se diz livre o homem que não está em prisão) – da liberdade como “autonomia” (na linguagem técnica da filosofia) no sentido do poder de dar normas a si próprio. No primeiro caso, liberdade contrapõe-se a impedimento e associa-se à ideia de acção; no segundo caso, é o inverso de constrição e associa-se a vontade (“uma vontade livre é uma vontade que se autodetermina”).

Com efeito, designa-se normalmente por autonomia a esfera de liberdade de que o agente dispõe no âmbito do direito privado. Desta forma, a autonomia da vontade é “o princípio de direito privado pelo qual o agente tem a possibilidade de praticar um acto jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos”²²⁵. AMARAL NETO distingue os conceitos de autonomia da vontade e autonomia privada, considerando o primeiro como manifestação de liberdade individual no campo do “direito psicológico” e a autonomia privada como o poder de o indivíduo dar a si próprio um ordenamento jurídico (perspectiva subjectiva), bem como o carácter próprio desse ordenamento, constituído pelo agente em oposição ao carácter dos ordenamentos constituídos pelos outros (perspectiva objectiva)²²⁶.

²²² É conceito que pode apreciar-se de variados ângulos e perspectivas: como liberdade natural, como liberdade social ou política, como liberdade pessoal, como liberdade jurídica.

²²³ A liberdade jurídica (fazer ou não fazer, ao arbítrio de cada um, todo o acto não ordenado nem proibido por lei e, de modo positivo, a faculdade de optar entre o exercício e o não exercício de direitos) distingue-se da liberdade da vontade, ou liberdade como poder (a faculdade de actuação dentro da esfera jurídica).

²²⁴ *Apud* Joaquim de Sousa Ribeiro, *O Problema do Contrato, As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Almedina, Coleção Teses, reimpressão, Coimbra, 2003, p. 31, n. 34.

²²⁵ Amaral Neto, *A autonomia privada*, *op. cit.*, pp. 12-14.

²²⁶ Para António Pinto Monteiro, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*, Coimbra, 1985, p.44, n.63), a expressão autonomia da vontade designa “correntes do pensamento jurídico, já superadas, sobrevalorizando o papel da vontade, mormente nos capítulos da interpretação negocial e das divergências e vícios da vontade”).

O contrário de autonomia é heteronomia²²⁷, significando esta a sujeição a um direito criado por outrem que não aquele ou aqueles a que se destina. Mas convém lembrar que entre a pura autonomia e a pura heteronomia existem muitas vezes “situações e regulações intermédias mais autónomas ou mais heterónomas, numa transição fluida e gradativa”²²⁸.

A autonomia privada é jurígena - "corresponde a um espaço de liberdade jurígena atribuído pelo Direito à pessoas", explica MENEZES CORDEIRO²²⁹ - verdadeira criadora de normas jurídicas entre particulares, uma vez que se traduz no “estabelecimento, conformação e extinção, autónomos, das relações jurídicas privadas por parte dos homens segundo a sua vontade individual, dentro dos limites estabelecidos pela ordem jurídica”²³⁰. Pode, assim, afirmar-se, com OLIVEIRA ASCENSÃO, que a autonomia – de acordo, aliás, com o seu sentido etimológico: poder de estabelecer as suas próprias regras – traduz-se no poder de dar-se um ordenamento, querendo com isto significar-se que “a ordem jurídica global admite que os particulares participem da construção da sua própria ordem jurídica, nos quadros embora da ordem jurídica global”²³¹. Tal não significa que seja fonte de Direito, pois não está na origem de regras ou normas gerais, mas sim de situações jurídicas.

O objecto da declaração ou manifestação das partes, no exercício da autonomia privada, é caracterizado pelo seu conteúdo material, que consiste na auto-regulação de interesses²³² (verdadeira função do negócio jurídico, onde releva com particular intensidade, a autonomia privada), que é de índole jurídica (no sentido atrás deixado expresso, de criação de preceitos individuais e não de normas gerais)²³³.

Neste contexto, a autonomia privada surge como uma verdadeira projecção na ordem jurídica do personalismo ético, entendido este como concepção axiológica da pessoa

²²⁷ Sobre estes conceitos e as suas relações (também numa perspectiva histórica), v. Castrillo Santos, *Autonomia y heteronomia*, in *Anuario de Derecho Civil*, Tomo II, Fascículo II (Abril-Junio), Madrid, 1949, pp.565-605.

²²⁸ Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, op. cit., p. 15., *Teoria Geral, Relatório*, op. cit., p. 60.

²²⁹ António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral, Tomo I*, op. cit., p.217.

²³⁰ Capelo de Sousa, *Teoria Geral do Direito Civil, Volume I*, op. cit., p. 59.

²³¹ Oliveira Ascensão, *Direito Civil, II*, op.cit., pp. 79, 80.

²³² Assim, Oliveira Ascensão, *idem*, p. 87 e, ao que parece, Orlando de Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil, Sumários desenvolvidos para uso dos alunos do 2º ano, 1ª turma do Curso Jurídico de 1980/81*, Centelha, Coimbra, 1981, pp. 10-16, que, embora falando de autodeterminação, refere-se ao “poder de auto-gestão da sua esfera de interesses”. Diferentemente, Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral, Tomo I*, op.cit., pp. 301-306.

²³³ Com indicação de diversas posições assumidas quanto ao objecto da declaração no exercício da autonomia privada, bem como no que concerne à questão da “causa eficiente”, v. Oliveira Ascensão, *Direito Civil, II*, op.cit., pp. 79-88.

enquanto centro e destinatário da ordem jurídica, impondo o reconhecimento originário e inerente da personalidade, da igualdade de todas as pessoas, da sua dignidade e liberdade. O fundamento da autonomia privada é, no plano imediato, a liberdade²³⁴ como valor jurídico e, em termos mediatos, a concepção da pessoa como base da ordem jurídica e social e de que a sua vontade – desde que manifestada de forma livre – é “instrumento de realização da justiça”²³⁵.

2. Precisão de conceitos

É frequente, na doutrina, a utilização, como sinónimos, dos conceitos de autodeterminação e autonomia privada, mas em bom rigor, não o são. E a distinção não é apenas terminológica, mas pode ter implicações, pelo que convém precisar os conceitos.

Assim, enquanto que a autonomia privada – que encontra na liberdade contratual não só elemento constituinte, mas também a principal manifestação – consiste num processo de ordenação através do qual as partes livremente constituem e modelam situações jurídicas, regulando os seus interesses, a autodeterminação situa-se num plano diferente e é um conceito mais amplo do que o de autonomia privada, que, por sua vez, constitui uma das manifestações daquela²³⁶.

Sendo um conceito pré-jurídico, pode dizer-se que a autodeterminação consiste no “poder de cada indivíduo gerir livremente a sua esfera de interesses, orientando a sua vida de acordo com as suas preferências”²³⁷. O Direito Civil acolhe a autodeterminação em duas vertentes. Por um lado, através da chamada liberdade negativa - que proíbe que alguém possa ser constrangido por outrem a praticar ou deixar de praticar determinado facto, mesmo para a satisfação de um direito alheio («*nemo potest precise coagi ad factum*»)²³⁸.

²³⁴ Carvalho Fernandes afirma mesmo que o princípio da autonomia privada é expressão de um princípio mais amplo, o da liberdade (segundo o qual é lícito tudo o que não é proibido), dominante do Direito Civil, , princípio ao qual se contrapõe o princípio da competência (só é lícito o que é permitido) prevalecente do Direito Público – *Teoria Geral do Direito Civil, I, Introdução Pressupostos da Relação Jurídica, op. cit.*, pp. 85, 86.

²³⁵ Amaral Neto, *A autonomia privada, op.cit.*, p. 17. Sobre o problema da justiça (e a tendência de identificar o Direito com a justiça) v. Oliveira Ascensão, *O Direito, op.cit.*, pp. 196-201, 482-491.

²³⁶ Oliveira Ascensão, *Direito Civil, III, op. cit.*, p. 77.

²³⁷ Sousa Ribeiro, *O Problema do Contrato, op.cit.*, p. 22.

²³⁸ Em última análise, até mesmo a execução específica (artigos 827º e seguintes do Código Civil) não implica que a entrega de coisa certa, a prestação de facto fungível ou a prestação de facto negativo, sejam feitas pelo devedor, mas sim por outro à custa daquele.

Por outro lado, pela consagração da liberdade positiva, permitindo a cada um praticar ou deixar de praticar qualquer facto que não seja proibido por superiores interesses de outrem, pela boa fé, pela ordem pública, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico do exercício da liberdade.

É, pois, um conceito de valor, ligado ao reconhecimento do valor absoluto da pessoa humana como um fim em si mesma e, por consequência, expressão da sua dignidade e individualidade próprias. Neste sentido, trata-se uma ideia directiva básica e de um princípio fundante e estruturante do sistema de direito privado²³⁹, ligado à noção de livre desenvolvimento da personalidade (que, aliás, na ordem jurídica portuguesa, tem consagração constitucional, no artigo 26º nº 1 da Lei Fundamental).

A nova ordem que se instala com o liberalismo promove e sustenta uma ideologia que passa a encarar o homem como senhor do seu destino, sujeito da liberdade e da propriedade, titular (por “oposição” ao Estado) de direitos e interesses individuais, que lhe é lícito satisfazer por iniciativa própria e em competição com os demais homens. Não admira, portanto, que tivesse sido no domínio do tráfego jurídico-económico que o ideal da autodeterminação se tivesse instalado com maior facilidade, sustentado também na ideia de que o bem-estar de todos resulta da livre manifestação de preferências individuais (não há utilidade colectiva que não constitua a soma das utilidades individuais).

Assim, quer como expressão de liberdade pessoal, quer como premissa e instrumento da economia de mercado, a liberdade de celebração e de conformação do conteúdo de negócios jurídicos, torna-se indispensável a uma ordem jurídico-económica que acolhe tal princípio de autodeterminação.

Pode, desta forma, começar a descortinar-se a estreita conexão entre os conceitos: a autodeterminação reclama a autonomia privada como seu princípio operatório no seio da configuração de relações jurídicas intersubjectivas. Isto significa, porém, que tal conexão não é de natureza constitutiva (a autonomia privada não aparece como uma verdadeira componente da autodeterminação), mas instrumental, i.e., um meio para o seu fim. HÖRSTER, por exemplo, reconhece quer a distinção, quer igualmente a conexão dos

²³⁹ Orlando de Carvalho diz que o poder de autodeterminação é um “poder radical ou moral” e, falando da pessoa como centro de decisão, configura-o como um poder “incindível da sua própria personalidade e humanidade”, um “poder-ser que não postula necessariamente um poder-querer e menos ainda um poder-agir, mas que é um poder de poder incompatível com um poder de não poder (pois não admite renúncia ou privação a qualquer título)” – *Teoria Geral, Sumários, op.cit.*, p. 12.

conceitos, ao afirmar que “a autonomia privada decorre do princípio geral da autodeterminação do homem”, reconhecendo que este último “possui validade geral e representa um valor fundamental para a ordem jurídica”²⁴⁰. E o mesmo faz OLIVEIRA ASCENSÃO ao afirmar que “a autonomia privada é uma das manifestações da autodeterminação”²⁴¹.

É este nexo funcional entre os conceitos de autonomia privada e de autodeterminação que explica que, em muitas análises, a sua interpenetração e, sobretudo, que o primeiro acabe por transportar a carga valorativa que é, em bom rigor, própria do segundo. Ou seja, a autonomia privada passa de conceito técnico, operativo, instrumental a conceito de valor ou “conceito determinado pela função”²⁴². Mantém-se, contudo, o interesse da distinção ou separação conceptual entre as duas ideias. Se é verdade que a autodeterminação está conotada com a ideia de auto-realização pessoal, também não é menos verdade que o Direito não pode confundir-se com um puro *Selbstein*, mas implica o ser com os outros e em relação com os outros. Daí que a liberdade implicada na autodeterminação só pode significar actuação no meio social, a possibilidade de o sujeito “ser o próprio nas relações que estabelece com os outros”²⁴³.

Daqui pode partir-se em dois caminhos. Num deles, mantendo-se a ideia de liberdade em sentido estritamente individualista, associando-a à capacidade de cada um formar a sua vontade autónoma, independente do constrangimento por forças externas. Num outro caminho, não esquecendo que “ser o próprio” significa possuir a efectiva capacidade de afirmação e realização individual de desejos e volições, um efectivo poder de fazer ou não fazer. Neste segundo sentido, a autodeterminação é um conceito “politicamente implicado”²⁴⁴, no sentido de um objectivo a cumprir pelo poder político numa sociedade, cujo ordenamento não deverá ficar-se pela inércia e a passiva neutralidade face a certas formas de desigualdade (e, portanto, de ausência de liberdade e de autodeterminação). É,

²⁴⁰ Heinrich Hörster, *A Parte Geral do Código Civil Português...*, *op. cit.*, p. 52.

²⁴¹ *Direito Civil, Teoria Geral, Volume III, Relações e Situações Jurídicas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, p. 77, esclarecendo: “exerce-se autodeterminação, por exemplo, quando se decide não exercer um direito que nos cabe”, mas “na autonomia, o centro de gravidade está na produção de efeitos jurídicos ao alvedrio do sujeito”.

²⁴² Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, *apud* Sousa Ribeiro, *O Problema do Contrato*, *op.cit.*, pp. 32, 33.

²⁴³ Sousa Ribeiro, *O Problema do Contrato*, *op.cit.*, p. 34, que lembra, a este propósito a identificação que a doutrina alemã faz do direito ao “livre desenvolvimento da personalidade” (consagrado no artigo 2º do *Grundgesetz*) com uma liberdade de actuação genérica (*Handlungsfreiheit*).

²⁴⁴ *Idem*, p. 35.

assim, possível defender-se um modelo relacional e intersubjectivo de liberdade individual, pois que “individualismo ético não implica necessariamente individualismo metodológico”²⁴⁵.

Ora, é exactamente neste contexto que assume relevância a distinção de conceitos. Quando a autodeterminação se exerce através da autonomia da vontade, além de um conceito de valor é igualmente uma forma de gestão de interesses, pelo que ao determinar o âmbito da autonomia privada, o ordenamento jurídico tem de levar em conta se o poder jurídico em causa está ou não acompanhado da correspondente autodeterminação, já que de nada vale oferecer autonomia privada a quem não pode exercê-la com verdadeira autodeterminação, com efectiva liberdade. E a liberdade negocial faz apelo ao conceito de autodeterminação, que deve poder manter em aberto todas as opções que podem dar sentido ao acto de escolha, enquanto acto de realização da vontade autónoma e da personalidade do agente. A verificação da falta de autodeterminação funciona assim como a *ratio decidendi* da exclusão da autonomia privada. Por essa razão, a liberdade subjacente à autonomia privada não pode ser apenas de cariz estritamente negativo, mas deve possuir uma componente positiva imprescindível²⁴⁶, muito embora a autodeterminação, ao invés da autonomia privada – que, existe ou não existe – seja “susceptível de uma escala qualificativa em termos de mais ou de menos”²⁴⁷. A autodeterminação deixa de existir quando nenhuma das opções disponíveis ao agente é apta a solicitar a adesão da sua personalidade. Por isso, a autodeterminação pode considerar-se um poder arbitrário, no sentido de que inclui a liberdade de tomar disposições “inconvenientes e contrárias aos interesses do seu titular”²⁴⁸, assim manifestando a sua personalidade, as suas apetências e predilecções.

Ademais, a indiferenciação conceptual entre autodeterminação e autonomia privada pode igualmente levar a uma desnecessária extensão do espaço ocupado por este último conceito. Com efeito, pode inadequadamente levar a considerar como manifestação de autonomia privada a liberdade de exercício dos poderes contidos nas posições activas de que se é titular (nomeadamente nos direitos subjectivos). Dessa forma, confunde-se autonomia privada com a ideia genérica de liberdade, o que aliás não traz qualquer vantagem, mas pode mesmo reforçar a tendência de associar o conceito a uma única

²⁴⁵ *Ibidem*, p. 34, n. 40.

²⁴⁶ Sendo certo que a autodeterminação negocial não exige uma liberdade positiva absoluta.

²⁴⁷ Sousa Ribeiro, *O Problema do Contrato*, *op.cit.*, p. 42.

²⁴⁸ *Idem*, p. 44.

dimensão valorativa (como autonomia de vontade), circunstância que pode dificultar o contributivo de outros interesses e de outras projecções funcionais²⁴⁹, para além dos do titular.

3. Manifestações e níveis de incidência da autonomia

É no plano negocial que a autonomia privada assume a sua mais relevante manifestação, já que o negócio jurídico “é o acto voluntário em que a autonomia privada se projecta, por excelência, na produção de efeitos jurídicos”²⁵⁰. É neste plano que se traduz no estabelecimento, conformação e extinção, autónomos, das relações jurídicas privadas segundo a vontade individual e dentro dos limites estabelecidos pela ordem jurídica.

A autonomia não desempenha sempre o mesmo papel em cada negócio ou contrato, pois em alguns pode ser muito ampla (se não estiverem afectados interesses públicos ou de terceiros) e noutros será mais ou menos restrita, quando razões de ordem pública²⁵¹ justifiquem ou imponham a limitação da liberdade das partes. A concreta medida da liberdade negocial é, assim, a expressão da relação dialéctica (e tensão) entre a liberdade das pessoas e a autoridade do Estado, pelo que naquilo que é negocial, o conteúdo do negócio (ou contrato) é autónomo, mas naquilo que é legal, é heterónimo.

Os direitos subjectivos são igualmente considerados um dos campos de projecção do princípio da autonomia privada²⁵², já que correspondem ao espaço de liberdade de acção de que a pessoa dispõe na sua vida perante os outros. Podem definir-se como posições concretas de vantagem de pessoas individualmente consideradas, resultantes da afectação de meios jurídicos para permitir a realização de fins que a ordem jurídica aceita como dignos de protecção²⁵³. Sendo tipicamente de livre exercício, isso significa que aos seus titulares se reconhece em princípio liberdade de os exercer ou não exercer, de dispor deles, ou de pura e simplesmente a eles renunciar.

²⁴⁹ Como seriam, exemplificativamente, os decorrentes dos princípios da responsabilidade e da confiança.

²⁵⁰ Carvalho Fernandes, *Teoria Geral, I, op.cit.*, p. 87.

²⁵¹ E não só; também a boa fé, os bons costumes, o fim social ou económico do contrato.

²⁵² Oliveira Ascensão adverte, no entanto que “não há que associar demasiado direito subjectivo e autonomia privada”, explicando que os direitos do Estado, como ente público, também são verdadeiros direitos subjectivos e concluindo que “o direito subjectivo serve a autonomia privada, mas não se reduz a emanação desta” – *Direito Civil, III, op.cit.*, p. 79.

²⁵³ *Idem, cit.*, p. 79.

4. Sequência: limites

Nem a liberdade em que se funda a autodeterminação é absoluta, nem a autonomia privada – enquanto conceito operatório daquela – significa a liberdade de estipulação de quaisquer conteúdos negociais.

Encontram-se restrições ao exercício da autonomia privada nos diversos níveis de incidência desta. Assim: na liberdade de negociação que desaparece em figuras como os contratos de adesão; na liberdade de criação que não existe sempre que a lei estabeleça um sistema de “*numerus clausus*” de tipos de negócios (os negócios familiares, por exemplo); na liberdade de estipulação que se restringe sempre que em presença de regras injuntivas (por exemplo, as condições proibidas em testamento – artigos 2231º a 2233º do Código Civil); na liberdade de vinculação ou celebração, que pode ser meramente teórica (como nos contratos de adesão) ou não existir (como nos contratos coactivos ou compulsórios²⁵⁴).

MENEZES CORDEIRO fala de “múltiplas limitações à autonomia privada”²⁵⁵ e PAIS DE VASCONCELOS²⁵⁶ enuncia desta forma os limites da autonomia privada: a lei, a moral, a ordem pública e a natureza.

A não contrariedade à Lei encontra expressão no Código Civil (assim acontece, por exemplo, nos artigos 280º, 294º, 398º e 405º). Mas nem sempre se verifica a superioridade da lei sobre a autonomia privada, como aliás admite o próprio artigo 294º do Código Civil. Com efeito, apenas os preceitos injuntivos (*normae cogenti*) prevalecem, o mesmo não acontecendo com os dispositivos. Por vezes é a lei que determina o seu carácter injuntivo (por exemplo, os artigos 946º e 1307º nº 2, ambos do Código Civil). Noutros casos a lei assume-se como dispositiva, utilizando expressões tais como “salvo convenção em contrário” (é o que sucede, por exemplo, nos artigos 878º e 985º nº 1, ambos do Código Civil). Sempre que a lei não for clara quanto ao seu carácter injuntivo ou dispositivo, deverá procurar-se a solução na ordem pública, considerando injuntivos os preceitos qualificados como de ordem pública.

²⁵⁴ Assim seria, por exemplo, no contrato de seguro que poderá ser obrigado a outorgar quem celebra um contrato de transporte aéreo.

²⁵⁵ *Tratado de Direito Civil Português, op.cit.*, p.221.

²⁵⁶ *Teoria Geral, op.cit.*, pp. 262, 263, 419-428.

A referência à Moral pode ser feita numa dupla perspectiva: subjectiva e objectiva. Do ponto de vista subjectivo a Moral consiste numa “constelação dos valores que, ao nível de cada pessoa, constituem os critérios do bem e do mal, os guias do agir correcto”²⁵⁷. Na sua dimensão objectiva, a Moral é o ambiente axiológico efectivamente difundido, assumido e aceite em cada momento numa sociedade dada. A não contrariedade à Moral supõe um juízo de moralidade e este há-de fazer-se da síntese integrante das duas perspectivas. A alusão que o artigo 280º do Código Civil faz aos “bons costumes” pode entender-se como uma referência à moral, uma vez a distinção (implícita) entre costumes bons e maus pressupõe necessariamente uma componente ética. Convém ainda precisar que os bons costumes não são fonte da moral, mas antes uma resultante do condicionamento desta. E que, portanto, o limite imposto pelos bons costumes (e, nessa medida, pela moral) não resultam ex vi legis (por exemplo, do referido artigo 280º), mas são antes uma exigência da Ideia de Direito, uma imposição da natureza e finalidade próprias do Direito, da Natureza das Coisas²⁵⁸.

A não contrariedade à ordem pública é outro dos limites apontados à autonomia. Como critério de juízo de mérito (*i.e.*, de licitude) a ordem pública faz de certo modo a ponte entre a lei e a moral, tendo com as leis injuntivas a afinidade de todas elas serem de ordem pública e com a moral o facto de ser igualmente um complexo de valores (sendo certo que estes, não decidem do bem e do mal, não se fundam na ética; antes decidem em termos de utilidade e conveniência social, pelo que se fundam na política). A ordem pública é, assim constituída pelo complexo de valores e princípios que presidem à organização política, económica e social de uma dada sociedade, valores que se consideram imanentes do respectivo ordenamento jurídico e expressão do interesse público, do bem comum. Normalmente coincide com a moral.

A Natureza – aqui entendida como os *entia physica* – limita a liberdade das pessoas em geral e, consequentemente, também a sua autonomia privada²⁵⁹, como, aliás, reconhece igualmente o artigo 280º do Código Civil.

²⁵⁷ *Idem*, p. 423.

²⁵⁸ Nesse sentido, v. Diego Espín Cánovas, *Los Limites de la Autonomia de la Voluntad Privada*, Separata da Revista da Faculdade de Direito de Lisboa, Vol. XI, Lisboa, 1957, pp. 9, 10, onde afirma, em relação aos bons costumes, que “no es preciso que estén sancionadas por um texto legal, para que hayan de ser tenidas en cuenta como límite a la libré autonomia individual”.

²⁵⁹ Por que o domínio do Homem sobre a Natureza é ínfimo, esta limita o Direito em geral, uma vez que – como já se observou *supra* – o Direito só pode o que as pessoas puderem.

Parece, pois, que de alguma forma o problema da autonomia privada na sua existência e eficácia é um “problema de limites”²⁶⁰.

5. A crise da autonomia da vontade: uma perspectiva funcional

A crise da autonomia da vontade

A concepção teórica da autonomia privada é produto do individualismo²⁶¹, que reúne e consolida tendências verificadas no direito romano, no direito canónico, no contrato social e no liberalismo económico, e que se manifesta, historicamente, no jusnaturalismo. Revela-se como o produto e instrumento de um processo político e económico baseado na liberdade e na igualdade formais. O seu fundamento ideológico é, pois, o liberalismo. Na verdade, o rápido desenvolvimento do comércio e da indústria, a crescente divisão do trabalho e a especialização, aumentaram consideravelmente o intercâmbio de bens e serviços. O princípio da autonomia da vontade tornou-se então muito útil para o desenvolvimento deste processo, acolhido pelo pensamento económico liberal que, na sua expressão mais pura, acredita que a lei da oferta e da procura responde aos melhores interesses da sociedade.

Considerado expressão da liberdade do homem, o princípio da autonomia – enquanto manifestação marcante do pensamento filosófico-cultural e económico do liberalismo - exacerbava o papel da vontade individual. O contrato assumia-se como o modelo ideal de justiça e como um importante instrumento de liberdade. Se alguém contratasse sem acautelar os seus interesses “poderia afirma-se, ainda assim, ter tido pelo menos a satisfação de ser *«l’artisan de son propre malheur»*²⁶². Era a doutrina do *«laissez faire, laissez passer, laissez contracter»* já que o contrato beneficiava de uma presunção de utilidade social.

Mas com a formação da sociedade de massas, o crescente intervencionismo do Estado e a concentração do poder económico, a autonomia entrou em crise no século XX. A liberdade de criação sofre restrições directas (como no contrato de seguro) ou indirectas (tipificação

²⁶⁰ Amaral Neto, *A autonomia privada*, op.cit., p. 16.

²⁶¹ Aqui no sentido de “doutrina segundo a qual se concede à pessoa humana ... uma supervalorização relativamente à sociedade” – Amaral Neto, *A autonomia privada*, op.cit., p. 19.

²⁶² Pinto Monteiro, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*, op.cit., p. 45.

das situações jurídicas); a liberdade de estipulação constrange-se perante uma crescente rede de regras injuntivas; as cláusulas contratuais gerais suprimem muitas vezes a liberdade de estipulação e, por consequência, a liberdade de negociação²⁶³. O Estado passou a intervir activamente para corrigir as injustiças a que o liberalismo conduzia e o contrato viu-se denunciado como possível fonte de injustiça e de desordem, tornando-se lugar comum falar-se de “um frasco de perfume vazio”²⁶⁴.

As críticas à autonomia densificam-se em argumentos de ordem filosófica, moral, económica e ideológica.

Do ponto de vista filosófico, ao individualismo contrapõem-se as tendências sociais contemporâneas que consideram o homem um ser social, que vive necessariamente em grupo, circunstância da qual decorrem inevitáveis relações e condicionamentos que limitam a sua capacidade de agir individualmente, no seu exclusivo interesse.

Numa perspectiva moral, torna-se óbvio que não basta ao Direito a consagração da liberdade e da igualdade meramente formais, que devem ser conformadas por critérios materiais, o que justifica a intervenção de noções como a de bons costumes e ordem pública. Além disso, tem-se apontado que “as relações contratuais pressupõem um certo movimento volitivo, mas isso não pode implicar o reconhecimento de uma vontade totalmente incondicionada” e ainda que “é preciso considerar a autonomia da vontade em face da heteronomia estatal, ou seja, o Estado pode até não constranger a liberdade subjectiva (vontade livre), mas pode constranger o exercício dessa liberdade”²⁶⁵.

Sob o ponto de vista económico, há quem advogue a crescente intervenção do Estado na organização e disciplina dos sectores básicos da economia²⁶⁶, com vista a um maior equilíbrio das forças económicas e sociais em presença e, nessa medida, à defesa de valores como a segurança, a justiça, a igualdade, o bem comum, a paz social.

²⁶³ Sobre se ainda há autonomia na ausência de liberdade de estipulação, mas pronunciando-se em sentido afirmativo, v. Oliveira Ascensão, *Direito Civil, II, op.cit.*, pp. 96-99.

²⁶⁴ Pinto Monteiro, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil, op.cit.*, p. 47.

²⁶⁵ Olney Queiroz Assis, *Princípio da autonomia da vontade x boa-fé (objectiva). Uma investigação filosófica com repercussão na teoria dos contratos*, in Jus Navegandi, Teresina, a. 9, n. 593, 21 Fevereiro 2005 (Em linha). (Consultado em 18.05.2016). Disponível em <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6349>.

²⁶⁶ A esta postura não é estranha a ideia de ordem pública económica.

Por fim, ideologicamente, como já se referiu, o princípio da autonomia privada encontra a sua razão de ser na expressão mais pura do liberalismo económico, numa época histórica em que o Estado tinha uma função mais política do que económica ou social. Era o Estado de Direito, dirigido principalmente à defesa dos direitos individuais dos cidadãos. Sobretudo após as duas guerras mundiais do século XX, surge o Estado Social, intervencionista, protegendo os sectores mais desfavorecidos, paralelamente a um claro declínio da concepção liberal da economia e a uma consequente crítica ideológica do dogma da vontade. Esse intervencionismo tem igualmente lugar no campo do direito privado assistindo-se ao que alguns apelidam de “socialização” ou “publicização” do Direito Civil²⁶⁷.

O individualismo do século XIX (resultante das concepções jusnaturalistas e iluministas que se positivam no Código Napoleónico e no BGB²⁶⁸, nos quais a pessoa, com a sua liberdade e autonomia era o centro por excelência do universo jurídico), foi-se reduzindo gradualmente a partir do começo do século XX e, acentuadamente, a partir da Segunda Guerra Mundial, mercê duma progressiva intervenção do Estado, limitadora da autonomia. A autonomia privada passa a ter carácter instrumental em face da liberdade de iniciativa económica: as limitações a esta também se aplicam àquela.

Convém, contudo, reter que as críticas dirigidas ao contrato e ao princípio da autonomia privada dirigem-se principalmente ao sentido que o individualismo lhe atribuía e à “idolatria que lhe era prestada”²⁶⁹. Por isso, o que se constata não é tanto um declínio do contrato, mas sim um empolamento da sua dimensão social.

De igual modo, o direito subjectivo – enquanto poder jurídico dependente da vontade do respectivo titular²⁷⁰ - vê-se limitado por figuras como o abuso do direito ou, então, o respectivo exercício fica, de alguma forma vinculado, quer por imperativos de ordem ética, quer pelo seu fim económico e social, não sendo, assim, suficiente a titularidade do poder formal.

²⁶⁷ Amaral Neto, *A autonomia privada*, op.cit., p. 32, 33, que cita Jean Carbonnier e René Savatier.

²⁶⁸ Castrillo Santos, *Autonomia y heteronomía*, op.cit., p. 2, lembra que o princípio da “autonomia da vontade” teve igualmente expressão no código espanhol de 1889 “y en otros, especialmente los de raíz latina, con la fuerza de un dogma”.

²⁶⁹ Pinto Monteiro, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*, op.cit., p. 47.

²⁷⁰ Quer dizer, enquanto poder não vinculado.

Portanto, mais do que uma redução quantitativa do espaço reservado à actuação dos particulares no exercício da sua autonomia, verifica-se sobretudo uma mudança de sentido do princípio da autonomia, sendo certo que os seus limites e restrições se fundamentam na necessidade de defender a própria autonomia. No fundo, trata-se de evitar que do exercício (abusivo) da autonomia de uns resulte a ofensa da autonomia de outros. Como lembra HÖRSTER²⁷¹, “a autonomia privada não está à disposição da autonomia privada”.

Funcionalização

Tradicionalmente, para a concepção estrutural, dogmática, do Direito, a ciência jurídica não deveria ocupar-se com as funções dele, mas apenas com os seus elementos estruturais, reservando-se a análise funcional para a sociologia e a filosofia. Existe, contudo, uma relação estreita entre, por uma lado, a teoria estrutural do Direito e o ponto de vista técnico-jurídico e, por outro, a teoria funcional e o ponto de vista sociológico e filosófico. Ao jurista interessa saber não apenas como o Direito é feito, mas igualmente a sua causa final, para que serve.

É desta forma que surge o conceito de função em Direito, expressão que designa “o papel que um princípio, norma ou instituto desempenha no interior de um sistema ou estrutura, de partes interdependentes”²⁷².

Assim, a funcionalização dos institutos, princípios, normas ou categorias jurídicas significa que o Direito passa a interessar-se pela sua função e eficácia, sobretudo no tocante ao controlo e disciplina social, bem como na sua relação com a economia. Daí a função económico-social dos institutos jurídicos, inicialmente em matéria de propriedade e, depois, de contrato. No que concerne à autonomia privada, a preocupação com a sua função económico-social, significa que o seu reconhecimento e exercício estão, de certo modo, condicionados à sua utilidade social, *i.e.*, à satisfação do bem comum²⁷³ e ao seu objectivo tendencial de igualdade material e justiça social. O novo Código Civil brasileiro (Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002) acolhe de forma expressa a ideia de função social do contrato (condicionadora da autonomia privada, *rectius* da liberdade de contratar) no

²⁷¹ *A Parte Geral, op.cit.*, p. 55.

²⁷² Amaral Neto, *A autonomia privada, op.cit.*, p. 36.

²⁷³ Amaral Neto, *idem*, p. 38, explica que ideologicamente, a função social no Direito, representa a “teorização do bem comum”.

artigo 421º onde se lê: “*A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato*”²⁷⁴.

Assim sendo, a funcionalização de um princípio, norma instituto ou direito, implica o estabelecimento de limites pelo ordenamento jurídico²⁷⁵ ao exercício das faculdades subjectivas. Por isso, a função social é um “princípio geral de actuação jurídica”, um “princípio superior ordenador”²⁷⁶. O Direito é, desta forma, chamado a exercer uma função correctora e de equilíbrio de interesses dos vários membros da sociedade, limitando o poder jurídico do sujeito (pessoa), mas sem o desconsiderar já que ele é, em última análise, o fim do próprio Direito.

À noção de função não é estranha a ideia de que a vinculação resultante da autonomia privada pode ser colocada em crise não só por razões ligadas à liberdade do agente, mas igualmente ao próprio conteúdo do negócio, já que este “é consentimento e conteúdo”, donde resulta que a validade de uma vinculação, mesmo consentida, depende da satisfação de um interesse digno de protecção. O conteúdo duma situação jurídica pode, por si, ser causa de invalidade. “O exercício disfuncional é rejeitado”, esclarece OLIVEIRA ASCENSÃO²⁷⁷, lembrando o contributo de JHERING para a recuperação de preocupações de substância para o conceito de direito subjectivo ao atribuir-lhe dois elementos: o substancial (fim prático do direito) e o formal (protecção através da acção da Justiça). Todo o direito seria então expressão dum interesse reconhecido pelo legislador (fórmula do interesse juridicamente protegido).

Esta funcionalização não deixa de operar mesmo em relação aos direitos subjectivos e aos direitos de personalidade²⁷⁸, pese embora o facto de os direitos subjectivos terem bastante que ver com a ideia de liberdade individual (e, por isso, eram entendidos como “*liberties*”²⁷⁹, ou como “espaços de liberdade”, (*Freiheitsräume*²⁸⁰) e os direitos de

²⁷⁴ Sobre a “função social” no novo Código Civil brasileiro, v. algumas referências em Cassio M. C. Penteado Júnior, *O relativismo da autonomia da vontade e a intervenção estatal nos contratos*, in Jus Navegandi, Teresina, a. 7, n. 63, mar. 2003, 8Em linha). (Consultado em 18.05.2016). Disponível em <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3805>.

²⁷⁵ Na sua positivação normativa ou através de princípios vinculantes.

²⁷⁶ Amaral Neto, *A autonomia privada*, op.cit., p. 39.

²⁷⁷ *Direito Civil, III*, op.cit., pp. 63, 64, 258, 259.

²⁷⁸ Como parecem admitir Oliveira Ascensão, *Direito Civil, III*, op.cit., p. 96, que fala no “carácter funcional” do direito subjectivo (a propósito da questão do objecto dos direitos de personalidade), Carvalho Fernandes, *Teoria Geral, I*, op.cit., pp. 86, 87 e Heinrich Hörster, *A Parte Geral*, op.cit., pp. 226-231.

²⁷⁹ “For Right is Liberty, namely that Liberty which the Civil Law leaves us”, Hobbes, *Leviathan*, II, 27, apud Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, op.cit., p. 16, n. 13.

personalidade serem considerados *iura in se ipsum* (com os correspondentes poderes de uso e fruição, de acção ou de omissão, de exigência de respeito e de exigência de participação).

Realmente, vem-se instalando a ideia de que os direitos subjectivos são atribuídos para a realização de certos fins económico-sociais, que podem mesmo “ultrapassar a esfera individual e egoísta do seu titular”²⁸¹, além de que o exercício discricionário do direito subjectivo pode ser um meio de causar dano a terceiro ou pode ainda traduzir-se em comportamentos objectivamente reprováveis (por violarem valores inerentes ao Direito ou por este acolhidos). Tudo isto significa a imposição de um limite à ideia contida na fórmula romanista segundo a qual os poderes contidos no direito subjectivo incluiriam o «*jus utendi, fruendi ac abutendi*». Acolhida assim a funcionalização do direito subjectivo, é como se este tendesse a ser cada vez mais poder funcional e cada vez menos direito subjectivo.

Aliás, é seguramente muito redutor entender o direito subjectivo apenas como um poder da vontade do respectivo, pois “esquece-se o «sujeito passivo» - que não é «sujeito» nem «passivo»; esquece-se a dimensão social, solidarística, de qualquer direito, de qualquer instrumento de inter relação”²⁸².

Será provavelmente neste contexto que MENEZES CORDEIRO fala da associação da autonomia com “uma ideia de auto-responsabilidade”²⁸³.

6. Autonomia da vontade, disponibilidade e possibilidade de consentimento

Que relevância terá a problemática da autodeterminação e da autonomia privada no domínio dos direitos de personalidade e dos direitos fundamentais, uma vez que a doutrina lhes aponta - exactamente como uma das suas características - a indisponibilidade? Esta indisponibilidade não impedirá, no domínio dos direitos de personalidade e dos direitos fundamentais, o exercício da autonomia privada e, consequentemente, a limitação

²⁸⁰ Heinrich Hörster, *A Parte Geral*, op.cit., p. 230.

²⁸¹ Carvalho Fernandes, *Teoria Geral*, I, op.cit., p. 86.

²⁸² Diogo Leite de Campos, *Nós - Estudos sobre o Direito das Pessoas*, op. cit., p. 131.

²⁸³ *Tratado de Direito Civil Português*, op.cit., p.221.

voluntária de tais direitos, nomeadamente se tal limitação resultar de documento de diretivas antecipadas de vontade em matéria de cuidados de saúde?

A tutela jurídica da personalidade tem desde logo consagração num plano suprapositivo, já que decorre do Direito Natural e é uma exigência da Ideia de Direito, impondo-se, pois, ao legislador (mesmo ao constitucional) e a todos em geral.

No plano positivo e no que à ordem jurídica portuguesa concerne, os principais preceitos da lei ordinária civil em matéria de direitos de personalidade são os artigos 70º a 81º do Código Civil (que continuam o caminho já aberto pelos artigos 359º a 363º e 368º do Código de Seabra, que aí tratava os direitos “originários”), de entre os quais assume especial relevância o artigo 70º, cujo nº 1 estipula: “A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral”. Este preceito²⁸⁴, não se referindo directamente a direitos de personalidade, consagra contudo uma tutela geral da personalidade²⁸⁵, com a vantagem de que para que um direito de personalidade seja reconhecido não se torna necessária a sua específica previsão legal, bastando que decorra da personalidade ontológica, *i.e.*, que seja exigência inelutável da personalidade humana.

A tutela da personalidade aparece ainda plasmada na lei constitucional (Constituição da República Portuguesa), sobretudo através da consagração dos direitos fundamentais (artigos 12º e seguintes) e, dentro destes, dos direitos liberdades e garantias (artigos 24º e seguintes). Se é certo que não há equivalência entre direitos fundamentais e direitos de personalidade²⁸⁶ - tanto mais que estes se centram mais sobre a pessoa e as emanções da personalidade e aqueles têm em vista principalmente (ainda que não exclusivamente) a posição do indivíduo, do cidadão perante o Estado – também não deixa de ser verdade que na Constituição estão consagrados como direitos fundamentais os mais importantes direitos da personalidade. Também ao nível do texto constitucional (artigo 16º nº 1) se determina a

²⁸⁴ Castro Mendes (*Teoria Geral do Direito Civil, I*, AAFDL, Lisboa, 1978, p. 312) endereçou críticas à redacção do artigo 70º (adopção de uma fórmula geral em vez de uma enumeração de direitos de personalidade e a inclusão do qualificativo “ilícita”), que, com toda a razão, não são compartilhadas por Pais de Vasconcelos (*Teoria Geral, op. cit.*, p. 46, n. 47).

²⁸⁵ Sendo certo que se perfilha a posição dos que rejeitam, no ordenamento jurídico português, a existência do “direito geral de personalidade”, não se entrará – por desnecessidade quanto à abordagem da questão em análise no presente estudo – na enumeração dos argumentos contra ou a favor.

²⁸⁶ Sobre o assunto pode ver-se a análise feita por Oliveira Ascensão (*Direito Civil, I, op.cit.*, pp. 75, 76, 103-107) e Menezes Cordeiro, *Tratado, I, Tomo III, op.cit.*, pp. 83-93.

existência de um catálogo aberto de direitos fundamentais²⁸⁷, o que, em última análise, pode levar direitos de personalidade não expressamente previstos na lei fundamental a assumirem, ainda assim, dignidade constitucional.

Também o Direito Penal realiza a tutela da personalidade, através da tipificação como crimes das mais graves agressões à personalidade. O Direito Internacional também não é estranho à tutela da personalidade, pois aí proliferam diversas declarações de direitos humanos.

Com interesse para a questão em apreço, traz-se à atenção a distinção, feita por Pais de Vasconcelos²⁸⁸ (e que aqui se acompanha), entre direito objectivo e direito subjectivo de personalidade.

O primeiro seria constituído pela regulação jurídica de defesa da personalidade, cuja *ratio* se funde em razões de ordem pública, com especial ligação ao respeito pela dignidade humana e que tenha que ver “com a defesa da Humanidade, da globalidade de toda a espécie humana, e com a exigência moral de a respeitar”. De tal tutela objectiva seriam exemplo, na Constituição da República Portuguesa, o artigo 24º nº 1 (ao estatuir que a vida humana é inviolável) o artigo 25º nº 1 (ao dispor que a integridade moral e física das pessoas é inviolável) e os direitos descritos no artigo 26º. O direito objectivo de personalidade é indisponível, situa-se no campo da heteronomia e a sua tutela seria “construída como um dever de agir perante os outros”, impondo a todos um dever de respeitar a dignidade de cada indivíduo, incluindo a sua própria.

O direito subjectivo de personalidade, pelo contrário, é disponível, situa-se no âmbito da autonomia privada e constrói-se como “o direito subjectivo absoluto que cada um tem de defender a sua própria dignidade como Pessoa”. Os direitos especiais de personalidade seriam poderes integradores desta tutela subjectiva, muito embora possam conter elementos da tutela objectiva. Assim, “naquilo que o direito de personalidade é objectivo, o titular não tem autonomia no seu exercício, não pode dele prescindir, não pode dispor dele;

²⁸⁷ Os perigos, para os próprios direitos humanos e também para os direitos de personalidade, do seu excessivo “empolamento” – que afinal implica o seu “empobrecimento” – são esclarecedoramente apontados por Oliveira Ascensão, *A Reserva da Intimidade da Vida Privada e Familiar, op. cit.*, que exemplifica com a inclusão, feita pela Constituição brasileira, do direito à gratuidade da certidão de óbito, nos direitos fundamentais e que lhe merece o seguinte comentário: “o núcleo ético da categoria está perdido”.

²⁸⁸ *Idem*, pp. 39-44. Capelo de Sousa também parece admitir esta distinção, muito embora a trate a propósito da natureza jurídica do “direito geral de personalidade” (*O Direito Geral, op.cit.*, p. 608 e ss.).

no que é apenas subjectivo, já o titular pode livremente tolerar as ofensas, prescindir da sua defesa, ou mesmo dispor dele gratuita ou onerosamente”.

Nesta linha de raciocínio, o teor do artigo 81º do Código Civil, traduziria a interpenetração destas duas formas de tutela (objectiva e subjectiva), ao admitir a disposição negocial de bens de personalidade, desde que não seja “contrária aos princípios da ordem pública”.

Independentemente da eventual discordância no que concerne a algum ou alguns aspectos específicos desta construção²⁸⁹ ou à preferência por outros modos de abordar o problema, ela tem contudo o mérito de dar a perceber que a liberdade de exercício e a disponibilidade características do direito subjectivo, não podem funcionar plenamente quanto se trata da tutela da personalidade, já que aqui nem tudo é livremente disponível, nem tudo se submete à autonomia privada, pois há que contar com outros valores. Pensar assim, não faz, contudo, esquecer que a tutela da personalidade assenta mais em razões pessoais do que em razões sociais e que, deste modo, as ofensas atingem mais o próprio do que os outros ou a sociedade. Em síntese, poder-se-ia dizer que “a tutela da personalidade tem a ver com a colectividade e com a pessoa, com o Estado e com o cidadão, com o próprio e com os outros”²⁹⁰.

O ponto de equilíbrio, ou melhor, o peso e a relevância dadas – na presença de bens de personalidade concretos – aos aspectos supra referidos é que, por fim, determinarão a solução a encontrar em cada caso concreto: total predominância da autonomia, completa ausência da mesma ou convivência (numa variedade de graus e pesos relativos) de autonomia e heteronomia.

Deste modo, o princípio da autonomia poderá arvorar-se em pressuposto imprescindível para o desenvolvimento da personalidade (“*eine unerlässliche Voraussetzung für die freie Entfaltung der Persönlichkeit*”, na expressão de Larenz²⁹¹).

E no exercício dessa autonomia (expressão da vontade própria, a pessoa seria, em princípio, livre para consentir na lesão de direitos de que é titular. Isso não significa que se deva esquecer a diferença entre vontade e consentimento. Na verdade, a vontade marca a

²⁸⁹ Nomeadamente, quanto ao entendimento de quais os bens totalmente indisponíveis e os eventuais graus de (in)disponibilidade de outros.

²⁹⁰ Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, op.cit., p. 40.

²⁹¹ *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, 13ª ed., München, 1982, p. 58, apud Pinto Monteiro, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*, op.cit., p. 53.

interioridade incomensurável do homem (pessoa), enquanto que o consentimento é um objecto, consequência da vontade, símbolo e exteriorização da vontade, mas distinto da vontade. Para FRISON-ROCHE, através da vontade a pessoa manifesta a o seu poder, a sua capacidade de se reger pela sua própria lei, a sua liberdade, ao passo que o consentimento seria sinal “*d’une sorte de capitulation*”²⁹².

²⁹² Marie-Anne Frison-Roche, *Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats*, in *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, a. 94, n. 3 (juillet-septembre 1995), pp. 573-578.

CAPÍTULO V – CONSENTIMENTO E DISSENTIMENTO

1. Figuras de disponibilidade em que releva a vontade do titular do direito²⁹³

São diversas as figuras (nas quais releva a vontade do titular do direito) em que se pode traduzir a operância da disponibilidade, nomeadamente (entre outras); o acordo, a autocolocação em perigo, a autolimitação, a renúncia, a restrição, o consentimento.

Acontece, porém, que a utilização pela doutrina das expressões supra referidas nem sempre reflecte um conceito uniforme sobre as respectivas noções. Por ora, apenas importa reter que nem todas interessam ao tema em apreço – a limitação voluntária dos direitos de personalidade no contexto de declarações antecipadas de vontade em matéria de cuidados de saúde.

Com efeito, de fora ficam, por exemplo:

- a autocolocação em perigo (situação em que o próprio titular “de alguma forma coproduza o resultado típico através da sua própria conduta”²⁹⁴);
- a autolimitação (implicando que seja o próprio titular a traçar o âmbito preciso do núcleo a exercer de um direito)²⁹⁵;
- a renúncia (entendida, no Direito Civil, como “o acto voluntário pelo qual uma pessoa perde um direito de que é titular, sem uma concomitante atribuição ou transferência dele para outrem”²⁹⁶);
- a restrição (resultante de colisão – confronto entre um direito e um bem da sociedade ou do Estado – ou de conflito – em que se embatem duas posições jurídicas subjectivas de titulares diversos).

Restam o acordo e o consentimento, noções com especial interesse e que se passam a analisar.

²⁹³ Uma análise detalhada de diversas de tais figuras pode ser encontrada em Luísa Neto, *O Direito fundamental à Disposição Sobre o Próprio Corpo...*, op. cit., pp. 337-383., de quem se colheu a terminologia e as definições.

²⁹⁴ *Idem*, p. 345.

²⁹⁵ A figura parece muito próxima, se não mesmo coincidente, com a conformação do objecto do direito, de que já se deu conta supra.

²⁹⁶ Luísa Neto, *O Direito fundamental à Disposição Sobre o Próprio Corpo...*, op.cit., p. 371.

2. Consentimento (acordo) e dissentimento: natureza jurídica e estatuto dogmático

2.1. O contributo do Direito Penal

Nesta matéria, o Direito Civil não deve menosprezar o contributo que o Direito Penal pode fornecer, tanto mais que este ramo do Direito lida de perto com a tutela de diversos bens da personalidade. A construção dogmática operada pela doutrina penal à volta de conceitos como os de consentimento e acordo, pode ajudar à compreensão, no âmbito civilístico, de tais noções e do sentido, função e regime que neste domínio podem apresentar.

No que concerne ao estatuto dogmático do consentimento e do acordo, MANUEL DA COSTA ANDRADE²⁹⁷ defende que o direito português sanciona um modelo dualista, que distingue e contrapõe entre si um consentimento (do lesado) justificante (i.e., excludente da ilicitude) e um acordo que exclui o tipo (afastador, portanto, da tipicidade)²⁹⁸. Estas duas figuras – consentimento e acordo – são diferentes tanto no plano teleológico-axiológico, como também no plano prático-normativo. Na sua dissertação de doutoramento – *Consentimento e Acordo em Direito Penal* (contributo para a fundamentação de um paradigma dualista) – COSTA ANDRADE procura recuperar, em termos renovados, o paradigma dualista originário de GEERDS²⁹⁹, entretanto em crise perante as doutrinas monistas.

COSTA ANDRADE não acompanha, assim, os autores que, como CLAUD ROXIN, retomam um entendimento que fez escola nos fins do século XIX e defendem a parificação de todas as manifestações de concordância do titular e portador do bem jurídico, que consideram causas de exclusão do tipo. ROXIN defende uma tese monista em que o acordo/consentimento afasta a tipicidade, com perfeita assimilação teleológica e normativo do consentimento ao acordo, que explica da seguinte forma: “Não considero o

²⁹⁷ *Consentimento e Acordo em Direito Penal* (contributo para a fundamentação de um paradigma dualista), reimpressão, Coimbra Editora, 2004, *passim*, e *Consentimento em Direito Penal Médico, O consentimento presumido*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 14, n.ºs 1 e 2, Janeiro-Junho 2004, Coimbra Editora, 2004, pp. 117-148.

²⁹⁸ Noutra terminologia: “consentimento-justificação” (consentimento); “consentimento-que-exclui-o-tipo” ou “assentimento” – v. Costa Andrade, *Consentimento e Acordo*, *op.cit.*, pp. 510, 511.

²⁹⁹ Que também pretendeu distinguir entre *Einwilligung* (consentimento excludente da ilicitude) e *Einverständnis* (consentimento excludente da tipicidade).

consentimento uma causa de justificação. Pois, quando alguém consente eficazmente que outrem intervenha sobre os seus bens jurídicos, esta intervenção não constitui um dano para o portador dos bens jurídicos, antes configura um auxílio na realização da liberdade de acção que lhe é constitucionalmente assegurada (artigo 2º da Lei Fundamental) e que se exprime precisamente na disposição sobre os bens jurídicos ao seu dispor, à semelhança do que sucede com a disposição dos bens jurídicos por parte do próprio portador, também esta conduta não preenche o tipo criminal. Assim e à partida, é a sua tipicidade que é excluída”³⁰⁰. E invoca uma “doutrina liberal do bem jurídico, referida à pessoa”, esclarecendo que “se os bens jurídicos estão ao serviço do livre desenvolvimento do indivíduo, então não pode existir uma qualquer lesão do bem jurídico quando uma acção assenta numa disposição do portador do bem jurídico e, como tal, não prejudica o seu livre desenvolvimento, antes e pelo contrário, constitui a sua expressão”, sendo certo que o consentimento (desde que eficaz) representa para o declarante um “pedaço de autorrealização responsável na comunicação com ou sob a assistência de outros”³⁰¹. Esta posição tende a equiparar, normativa e axiologicamente, a autolesão e a heterolesão consentida, como o reconhece um dos seus subscritores (SCHMITT³⁰²) ao afirmar que “a lesão consentida de bens jurídicos alheios não é mais do que uma forma mediata de autolesão”³⁰³.

A tese monista funda-se em duas ideias estruturais: por um lado, o postulado da comunicabilidade e identificação entre a autodeterminação pessoal³⁰⁴ e o bem jurídico protegido por incriminações, tal como as ofensas corporais; por outro lado, uma compreensão unidimensional da heterolesão consentida, entendendo-a significativa e relevante exclusivamente no interior do “autoreferente e autopoietico sistema pessoal”³⁰⁵, desta forma excluindo qualquer relevância sistémico-social e considerando ilegítima qualquer tentativa de intervenção da sociedade que coloque em crise a acção ou estabeleça

³⁰⁰ Rechtfertigungs und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschliessungsgründen”, JuS 1988, p. 425 ss., *apud* Costa Andrade, *Consentimento em Direito Penal Médico*, *op.cit.*, p. 123.

³⁰¹ Strafrecht, AT, bd I, 1997, p. 462, 465, *apud* Costa Andrade, *Consentimento em Direito Penal Médico, O consentimento presumido*, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 14, n.ºs 1 e 2, Janeiro-Junho 2004, Coimbra Editora, 2004, p. 123.

³⁰² *Apud* Costa Andrade, *Consentimento e Acordo*, *op.cit.*, p. 192.

³⁰³ Relativamente a este aspecto específico, Roxin discorda, afirmando que “existe uma diferença entre a autolesão (ou a autocolocação em perigo) impune e o dano causado a outra pessoa com o seu consentimento” – *apud* Costa Andrade, *Consentimento e Acordo*, *op.cit.*, p. 193.

³⁰⁴ No sentido de liberdade pessoal de acção.

³⁰⁵ Costa Andrade, *Consentimento em Direito Penal Médico*, *op.cit.*, p. 124.

entraves à validade do consentimento. Na expressão de KIENTZY³⁰⁶: em caso de consentimento “não tem qualquer sentido falar-se de colisão de interesses: o consentimento só pode, pelo contrário, valer como a expressão da vontade autónoma de realização”.

Ora, tais ideias não parecem sustentáveis, pelo menos com o alcance e sentido que se lhes pretende dar. Com efeito, não pode confundir-se a liberdade de acção (autodeterminação pessoal) com o bem jurídico em causa em certas incriminações (integridade física, vida), nem pode esquecer-se que a heterolesão consentida possui inegável relevância sistémico-social.

Estas observações carecem de clarificação, nos termos que agora se expõem, tendo sempre como pano de fundo a tese dualista (que aqui se subscreve, em geral, nas suas implicações fundamentais) e o ramo de Direito em que, nesta matéria específica, por ora nos movemos – o Direito Penal.

O consentimento – enquanto manifestação de autonomia e projecção da liberdade individual – contende com o eterno problema das relações entre o indivíduo e a comunidade, ou melhor: o conflito entre a pessoa (enquanto “reserva de solidão perante as totalidades sistemáticas”³⁰⁷, repositório natural de diferença e liberdade incondicionada e improgramável) e a racionalidade sistémica, objectivadora, generalizadora, da sociedade. Este conflito ganha dimensão na ‘irritação’ que, através do consentimento, a autonomia pessoal causa às expectativas sistémicas consistentes nos programas de tutela dos bens jurídico-penais.

É pacífico – quer para os defensores das teses monistas, quer para os adeptos do paradigma dualista – que a matriz axiológica e normativa do consentimento é constituída pela autonomia pessoal ou liberdade geral de acção (constitucionalmente protegida), o que implica o reconhecimento pela ordem jurídica da valoração subjectiva dos bens jurídicos (pelo menos dentro de certos limites). Neste sentido, a autonomia traduz-se numa significativa comunicabilidade entre o consentimento e o acordo, a autolesão e a heterolesão consentida, expressões todas elas equivalentes, quando tomadas enquanto

³⁰⁶ Citado por Costa Andrade, *Consentimento e Acordo*, *op.cit.*, p. 192.

³⁰⁷ *Idem*, p. 14, que cita Baptista Pereira.

“equivalentes na perspectiva da autonomia do portador do bem jurídico e da autorealização na comunicação que esta mediatiza”³⁰⁸.

Onde surgem as divergências é no que concerne ao papel e ao relevo conferidos à autonomia, quer ao nível do programa de tutela jurídico-penal de bens jurídicos como a integridade física, quer quanto ao regime do consentimento. Parece, contudo, que só um enquadramento dogmático diferente se ajustará à diferença de sentido entre duas formas de “consentimento” – o acordo que exclui o tipo e o consentimento excludente da ilicitude – uma vez que num caso e noutro o facto consentido possui diverso significado material-axiológico e normativo.

Assim, há incriminações que se destinam a proteger “expressões tipificadas de liberdade que aspiram à comunicação intersubjectiva como dimensão necessária à sua plena realização”. Nestes casos existe perfeita continuidade entre a autonomia e o bem jurídico típico, pelo que a concordância do titular revela congruência entre a sua autonomia e o “programa sistémico-social”³⁰⁹. Mas existem, por outro lado, incriminações que protegem bens jurídicos em função da sua dignidade e valor intrínsecos. Aqui verifica-se certa descontinuidade entre autonomia e bem jurídico típico, a par de uma especial relevância sistémico-social.

Na verdade, no primeiro tipo de situações, a dimensão positiva da liberdade confere ao acordo um sentido irreconciliável com a conotação associada à ideia de sacrifício ou ofensa (própria do consentimento) e deixa antever a ilegitimidade do condicionamento do seu exercício em nome de projectos sistémico-socais ou, v.g., de bons costumes (*Sittenwidrigkeit*). Assim, o acordo (desde que livre e esclarecido), não representa qualquer afronta ou sacrifício do bem jurídico, mas, pelo contrário, a sua realização, como bem acentua KIHLMANN³¹⁰: “em relação a estes bens jurídicos tem de se entender que a autorização da intervenção de terceiro é emanação e parte integrante (*Ausfluss und Bestandteil*) da realização e actualização do correspondente valor do direito”. O facto de o acordo ser emanação directa e verdadeira realização do bem jurídico tipicamente protegido, tem consequências ao nível normativo e sistemático. Uma vez que o direito de dispor livremente do bem deriva do próprio bem e constitui parte essencial do seu valor

³⁰⁸ Costa Andrade, *Consentimento e Acordo*, op.cit., p. 192.

³⁰⁹ *Idem*, p. 17.

³¹⁰ *Apud* Costa Andrade, *ibidem*, op.cit., p. 508.

para o direito, o acordo inscreve-se “no horizonte hermenêutico do tipo e no universo de sentidos nele contido”. Por isso tem eficácia excludente do tipo.

Diferentemente, em caso de consentimento não pode falar-se de exercício ou realização do correspondente bem jurídico, pelo que nas incriminações que admitem a exclusão da responsabilidade penal *ex vi* consentimento-justificação, a acção típica não se dirige apenas contra a vontade do portador concreto do bem jurídico. Aqui, o comportamento típico assume um significado para a comunidade, independentemente da vontade do portador concreto.

É verdade que tanto o consentimento como o acordo encontram, em última instância, a sua legitimação na autonomia pessoal. Mas não pode ignorar-se que estão em causa expressões da autonomia com estrutura normativa e teleológica diferente. Assim, a autonomia que se expressa no acordo confunde-se e identifica-se tendencialmente com o bem jurídico tipicamente protegido, de forma que o exercício da autonomia assinala a própria realização do bem e o programa de tutela respectivo. Pelo contrário, no consentimento a autonomia distingue-se do bem jurídico tipicamente protegido, sendo “conceitual e estruturalmente excêntrica em relação ao programa de tutela codificado na incriminação”³¹¹. Daí não poder sustentar-se que o consentimento do ofendido³¹² afaste, sem mais, a lesão do bem jurídico e, nessa medida, a danosidade social correspondente à factualidade típica. Ocorre um confronto e interpenetração recíproca entre autonomia pessoal presente no consentimento e o programa de tutela penal (sistémico-socialmente subjectivado).

Esta diferente estrutura do acordo relativamente ao consentimento, reflecte-se igualmente ao nível da experiência psicológica, da intencionalidade com que os factos são assumidos e vividos pelo portador do bem jurídico, como se pode observar na forma como HIRSCH, citado por COSTA ANDRADE³¹³, coloca a questão: “A postura subjectiva do autor do consentimento é completamente diferente, consoante a espécie de consentimento de que se trata. Se, em caso de consentimento-que-exclui-o-tipo, lhe perguntarem qual a sua concepção da actuação autorizada, ele responderá: ‘os meus direitos não foram feridos’. Quem, por exemplo, autoriza outrem a entrar em sua casa dificilmente representará que consentiu numa lesão dos seus direitos. As coisas são diferentes no consentimento

³¹¹ *Consentimento e Acordo, op.cit.*, p. 513.

³¹² Pelo menos até ao limite da disponibilidade.

³¹³ *Consentimento e Acordo, op.cit.*, p. 508.

justificante. Quem autoriza um sacrifício da sua saúde, confrontado com a mesma pergunta, não deixará de responder: ‘estive de acordo com a lesão do meu direito’”. Por isso, esta percepção, não só material e teleológica, mas igualmente psicológica do acordo, tende a afastar – nesta sede – expressões como lesão, ofendido ou renúncia. Tanto mais que os bens jurídicos em causa possuem agora a estrutura de liberdades que se actualizam na comunicação intersubjectiva. Pense-se nos bens jurídicos protegidos pelos crimes contra a liberdade, a liberdade sexual, o domicílio, a privacidade, relativamente aos quais dificilmente se poderia interpretar a manifestação de acordo como uma renúncia ao bem jurídico ou à sua tutela.

Importa ainda realçar que esta construção dualista projecta-se em implicações práctico-jurídicas, como se ilustra pela assimetria do acordo e do consentimento em matéria de limitação pelos bons costumes, “uma cláusula que limita a eficácia do consentimento justificante, mas que não pode invocar-se no contexto do acordo. Porque o acordo mediatiza a realização de bens jurídicos com a estrutura de liberdades cujo exercício não é sistémico-socialmente sindicável”³¹⁴.

A compreensão da problemática em análise pode aprofundar-se com a referência a dois campos particulares, a saber: o estatuto jurídico-penal das intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos e as questões jurídico-penais suscitadas pelas lesões (e morte) ocorridas no domínio das práticas desportivas.

Quanto à primeira das situações - intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos - importa recordar que do regime plasmado no Código Penal Português³¹⁵ podem retirar-se dois postulados fundamentais³¹⁶:

- a) As intervenções médico-cirúrgicas – desde que medicamente indicadas, realizadas por médico, segundo as *leges artis* e com *animus curandi* – não preenchem a factualidade típica das ofensas corporais nem do homicídio (artigo 150º do Código Penal);

³¹⁴ *Consentimento em Direito Penal Médico*, op.cit., p. 125. Sobre a cláusula dos bons costumes como exclusiva do consentimento justificante, v. ainda *Consentimento e Acordo*, op.cit., pp. 537-563.

³¹⁵ Portugal faz parte daquele grupo de países que, tal como a Áustria (§ 110 do ÖStGB), dispõem de incriminação autónoma dos tratamentos arbitrários (o que não acontece, por exemplo, na Alemanha), solução com reconhecidas vantagens práctico-jurídicas

³¹⁶ À semelhança, aliás, do que é defendido pela doutrina dominante na Alemanha.

- b) As intervenções médico-cirúrgicas realizadas sem o consentimento válido e eficaz (*i.e.*, livre esclarecido) do paciente, são incriminadas e punidas a título de intervenções e tratamentos médicos arbitrários (artigo 156º do Código Penal).

Ou seja, o legislador português aderiu à tese segundo a qual a intervenção cirúrgica – desde que preenchidos os requisitos supra indicados, não preenche o tipo das ofensas corporais ou do homicídio, e isto independentemente do resultado final (mesmo que agrave o estado de saúde do paciente ou provoque a sua morte). O Código Penal afasta-se, assim, do entendimento tradicional da doutrina e jurisprudência nacionais que propendiam para qualificar a intervenção médico-cirúrgica como lesão corporal típica.

Importa, ainda assim, notar, em termos sistemáticos, a inserção da incriminação autónoma das intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários (artigos 156º e 157º do Código Penal) no capítulo dos crimes contra a liberdade pessoal e significativamente situada entre a coacção (artigos 154º e 155º) e o sequestro (artigo 158º)³¹⁷. Assim sendo, o bem jurídico protegido só pode ser a autonomia ou liberdade pessoal numa sua particular expressão ou dimensão, que será o livre direito de autodeterminação da pessoa sobre o seu corpo ou, como diz FIGUEIREDO DIAS, a liberdade de “dispor do corpo e da própria vida”³¹⁸ e “não a integridade física como tal”³¹⁹. Por isso, também aqui, o consentimento para a realização de uma intervenção ou tratamento médico-cirúrgico deve ser encarado como realização plena do bem jurídico protegido, não cabendo representar tal consentimento como renúncia. Ademais, da estrutura do bem jurídico protegido pode inequivocamente concluir-se que o consentimento aqui em causa pertence à categoria e obedece ao regime do acordo (que exclui o tipo)³²⁰.

Estamos perante uma significância de duplo sentido: por um lado, a prevalência, de princípio, da autodeterminação sobre a saúde e mesmo a vida; por outro, “a denegação à sociedade, ao Estado e ao médico de qualquer *Vernunftthoheit* sobre a «irracionalidade» da

³¹⁷ Dois dos crimes paradigmáticos contra a liberdade.

³¹⁸ *O Problema da Ortotanásia*, apud Costa Andrade, *Consentimento e Acordo*, *op. cit.*, p. 453, *Consentimento em Direito Penal Médico*, *cit.*, p. 127 e Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Coimbra Editora, 1999, p. 380 (comentário de Manuel da Costa Andrade ao artigo 156º).

³¹⁹ Comentário Conimbricense, I, *op.cit.*, p. 380.

³²⁰ Com excepção do que acontece no consentimento presumido (artigo 156º nº 2 do Código Penal), área em que Costa Andrade considera não haver razões para separar entre um consentimento presumido justificante e um acordo que exclui o tipo, figuras que configuram, a igual título, uma “autónoma e específica causa de justificação” – *cf. Consentimento em Direito Penal Médico*, *op.cit.*, pp. 130, 131.

escolha do paciente”³²¹, no sentido de que a recusa de tratamento por parte do paciente tem de ser respeitada, mesmo que o preço seja a vida. Nestas condições, a omissão ou interrupção do tratamento por parte do médico não é punível³²².

A incriminação procura definir um equilíbrio entre direitos fundamentais – como a liberdade e a autodeterminação pessoal – expressivos da dignidade humana, e bens como a integridade física, a saúde e a vida que constituem o pressuposto existencial dessa mesma dignidade. De qualquer forma, nesta área dos tratamentos e intervenções médico-cirúrgicas, propende-se para a posição de autores que, como GIESEN³²³, consideram não assistir ao médico o direito de definir o bem do paciente à margem da sua vontade, uma vez que o bem jurídico e a vontade do paciente estão indissociavelmente ligados entre si (“*Patientenwohl und Patientenwille untrennbar miteinander verbunden sind*”), ou, como KAUFMANN³²⁴, explicam que “é a autodeterminação pessoal do homem que constitui o seu valor soberano face à vida, à saúde e ao bem-estar”. O exacto sentido em que aqui se adere a estas posturas, resultará com contornos mais precisos da soma de posições e adesões a outras linhas de pensamento nas diversas questões em apreço no texto.

Por estarmos num domínio de colisão entre bens como a vida ou a saúde (cuja dignidade é óbvia e imediatamente apreensível) e a tutela da liberdade de dispor do corpo e da própria vida (com relevo jurídico-criminal), a lei penal portuguesa optou por algumas soluções de *favor vitae vel salutis*, restringindo a área desta tutela, como decorre de dois aspectos. De um lado, a consagração expressa de um regime de consentimento presumido (artigo 156º nº 2 do Código Penal) menos exigente do que o regime geral da figura (artigo 39º do Código Penal), como forma de legitimar intervenções e tratamentos urgentes e indispensáveis para a salvaguarda da vida ou da saúde. Além disso, a consagração de soluções de privilégio terapêutico (artigo 157º do Código Penal)³²⁵.

³²¹ Costa Andrade, *Consentimento em Direito Penal Médico*, op.cit., p. 128.

³²² Costa Andrade fala de “eutanásia passiva” ou “auxílio médico à morte” (*passive Sterbehilfe*) – *Idem*, p. 128.

³²³ Citado por Costa Andrade, *idem*, pp. 129, 130.

³²⁴ Igualmente citado por Costa Andrade, *Consentimento e Acordo*, op.cit., pp. 402, 403.

³²⁵ O dever de esclarecimento, previsto no artigo 157º do Código Penal é o chamado esclarecimento-para-a-autodeterminação. O privilégio terapêutico, que pode legitimar a redução ou recusa de tal dever, é problemática (aliás, controversa) que não se abordará, sendo certo que a referência ao mesmo se faz apenas no contexto pretendido supra. Sobre o dever de esclarecimento e o privilégio terapêutico, v. o comentário (da autoria de Costa Andrade) ao artigo 157º, no *Comentário Conimbricense, I*, op.cit., p. 394-400 e ainda Costa Andrade, *Direito Penal Médico (Sida: testes arbitrários, confidencialidade e segredo)*, Coimbra Editora,

Relativamente às questões jurídico-penais suscitadas pelas lesões (e morte) ocorridas no domínio das práticas desportivas, importa antes de mais recordar nesta sede três categorias de desportos, a saber:

- a) um primeiro grupo constituído pelos desportos praticados ‘lado-a-lado’ (*nebeneinander*), que assumidamente não colocam problemas específicos ao direito penal;
- b) um outro grupo, no extremo oposto, constituído pelos desportos praticados ‘atleta-contra-atleta’ (*gegeneinander mit Verletzungsziel*), que têm exactamente por finalidade a lesão da integridade física do adversário (o que, em certos casos, pode provocar a morte), como é o caso paradigmático do boxe;
- c) um terceiro grupo, intermédio, onde se incluem os desportos que não têm como fim a lesão do adversário, mas em que o contacto físico e, por conseguinte, as lesões corporais e, eventualmente, a morte, são normais e inevitáveis; são os desportos ‘uns-contra-os-outros-com-perigo-de-lesão’ (*gegeneinander mit Verletzungsgefahr*), como é o caso, por exemplo, do futebol³²⁶.

Os dois últimos grupos são os que, naturalmente, agora interessa considerar, começando por salientar que, em relação a desportos cujo reconhecimento comunitário os erige em “instâncias de legitimação ou de tolerância jurídico-penal das ofensas corporais ou mesmo do homicídio, em termos mais amplos do que em geral acontece nos demais domínios da vida social”³²⁷, o limiar da dignidade penal e da carência de tutela penal é fixado numa fasquia (ou nível) mais elevado. O desporto configura, assim, no contexto da sociedade moderna, um subsistema autónomo. Ganha uma realidade própria, um sentido autónomo, independentemente da consciência dos sujeitos individuais que nele intervêm, cuja vontade e iniciativa são secundárias e as regras do jogo assumem o papel principal – “o jogo torna-se o dono dos jogadores”³²⁸.

2004, pp. 120-130, onde a questão é abordada não só em termos gerais, mas também no domínio específico das pessoas com Sida.

³²⁶ A classificação proposta encontra-se em Costa Andrade, *As lesões corporais (e a morte) no desporto*, in *Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 2003, pp. 675-720. Aqui se inspira, aliás, o tratamento que no texto merece a problemática das questões jurídico-penais suscitadas pelas lesões e morte ocorridas no domínio das actividades desportivas.

³²⁷ Costa Andrade, *As lesões corporais*, *op.cit.*, p. 681.

³²⁸ Para utilizar uma expressão de Gadamer, citada por Costa Andrade, *As lesões corporais*, *op.cit.*, p. 689.

Bem vistas as coisas, pouco espaço sobrar, na prática, para a intervenção do consentimento no desporto, já que para haver consentimento sempre seria necessário reservar ao portador concreto do bem jurídico o domínio sobre a acção consentida, a quem assistiria a legitimidade para definir com total autonomia o *se*, o *quando*, o *quem* e o *como* da acção. Ora, nada disto acontece, nomeadamente nas modalidades que opõem equipas. Por isso, a legitimação das lesões no desporto tem menos que ver com a autonomia e a vontade individuais e mais com as regras que heteronomamente disciplinam a modalidade desportiva. Por isso, COSTA ANDRADE afasta, nesta sede, a doutrina do consentimento, nas suas vertentes mais clássicas (consentimento na acção e no resultado), alternativas (consentimento na acção ou no risco) ou menos comuns (consentimento não-final), bem como o apelo a figuras como a *heterocolocação-em-risco-consentida* (tanto mais que nesta última, como no consentimento, faz-se apelo à vontade essencial do portador concreto do bem jurídico protegido). E adopta, justificadamente, a *doutrina do risco permitido* como explicativa para a legitimação de lesões no desporto, que privilegia o tipo como instância de enquadramento das questões que aqui se colocam. O limiar do risco permitido coloca-se a um nível mais elevado do que sucede nas áreas de risco comuns, sendo que o risco penalmente permitido cobre um universo significativo de lesões provocadas pela violação das regras do jogo. Ou seja: se é verdade que a obediência às regras do jogo afasta, em princípio, o tipo, o inverso nem sempre é verdadeiro, pois a violação das regras do jogo só realiza o risco proibido nos casos em que tal violação - pela sua violência e desproporcionalidade e ainda pela gravidade das lesões - “perde a conexão de sentido com o jogo”³²⁹.

Por se operar o afastamento do tipo, também neste domínio seria inaplicável o limite dos bons costumes.

2.2. Sequência: o Direito Civil

Tendo presente a distinção operada, no âmbito do Direito Penal, entre acordo (excludente do tipo) e consentimento (justificante da ilicitude) poderá não ser de todo despropositado admitir que no domínio civilístico se possa distinguir entre:

³²⁹ Costa Andrade, *idem*, *cit.*, p. 719.

- a) por um lado, ‘elementos negativos’ da previsão do direito, que o limitam e excluem a própria existência de violação, excluem a lesão do direito³³⁰;
- b) e, por outro lado, a verificação de causas justificativas (*i.e.*, de exclusão da ilicitude) de actos lesivos de direitos subjectivos (situação prevista, por exemplo, no artigo 340º nº 1 do Código Civil, nos termos no qual o “acto lesivo dos direitos de outrem é *lícito*, desde que este tenha *consentido* na lesão”) – *volenti non fit iniuria*.

Com efeito, se considerarmos a autorização do titular como excludente da violação do direito, da “tipicidade”³³¹, e não como mera causa de exclusão da ilicitude, isso impedirá que admitamos a existência de lesão, embora não lícita (e desta forma afastando a possibilidade de recorrer a meios de tutela que eventualmente dispensem a ilicitude). Esse é, aliás, o entendimento de ORLANDO DE CARVALHO, ao afirmar que o consentimento “pode também determinar a inexistência de lesão (exclusão do facto) ou a justificação dela (justificação do facto)”³³².

Em sede de direitos de personalidade, PAULO MOTA PINTO³³³ considera que o interesse em causa no direito à reserva sobre a intimidade da vida privada é disponível, admitindo limitações voluntárias. O direito em causa tem por objecto o controlo de informação sobre a vida privada, protegendo o interesse em controlar a tomada de conhecimento, a divulgação ou simplesmente a circulação sobre a vida privada. A ideia de controlo de informação, através da qual se satisfaz o interesse em presença, “implica que essa satisfação seja posta na dependência de valorações do interessado”³³⁴. Conclui, assim, que “o enquadramento sistemático para a limitação voluntária do direito à reserva” é a do “mero acordo que, pela limitação do direito, exclui a existência de lesão deste”³³⁵. Tanto mais que a concepção do conteúdo do direito à reserva como um direito ao controlo de informação sobre a vida privada, permite concluir que a limitação voluntária deste direito,

³³⁰ A ser assim, neste tipo de situações – e no que aos direitos de personalidade concerne – estaríamos ainda perante verdadeiros direitos de personalidade?

³³¹ Ou seja, como elemento negativo do *Tatbestand* de responsabilidade.

³³² *Teoria Geral, Sumários, op.cit.*, p. 91.

³³³ Paulo Mota Pinto, *A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, op. cit.*, pp. 527-558.

³³⁴ *Idem*, p. 534.

³³⁵ *Idem*, pp. 534, 535. para a qualificação como acordo (excludente da tipicidade) da concordância do portador do bem jurídico nos crimes de violação de domicílio e de devassa da vida privada, v. Costa Andrade, *Consentimento e Acordo, op.cit.*, p. 368 e ss. e *Comentário Conimbricense, I, op.cit.*, pp. 735, 736.

traduz ainda uma forma de exercício do próprio direito. Neste caso – limitação voluntária – nem sequer se poderá, pois, dizer que existe violação do direito à reserva.

Desta forma, o critério de distinção entre o consentimento excludente da ilicitude e o acordo limitativo do direito, não se encontra na distinção entre “heterolesão” e “autolesão”, mas sim no conteúdo do próprio direito em questão^{336 337}.

3. Limitações do exercício do direito

3.1. Considerações preliminares

Cuidar-se-á, antes de mais, de saber se a autorização para limitação voluntária de direitos de personalidade deve ser considerada:

- como acto não negocial, ou seja, simples acto jurídico consistente numa declaração produtora dos efeitos previstos na lei, *i.e.*, um ‘quase-negócio-jurídico’ (*rechtsgeschäftsähnliche Handlungen*)³³⁸;
- ou como negócio jurídico, seja negócio unilateral, seja contrato.

Parte da doutrina e jurisprudência alemãs entendem estar-se perante um verdadeiro negócio jurídico, havendo mesmo quem considere existir um “contrato e autorização” (*Gestattungsvertrag*)³³⁹.

Parece, no entanto, razoável pensar que a resposta dependerá de diversos aspectos, nomeadamente: do direito de personalidade em concreto (*i.e.*, do bem ou bens de

³³⁶ Assim também Ewald Hörster, *A Parte Geral, op.cit.*, p. 268, no que concerne aos direitos de personalidade.

³³⁷ Ao que parece, a propósito de direitos “inalienáveis”, nomeadamente “direitos sobre bens da personalidade”, alguma doutrina espanhola faz uma distinção com base em critérios algo diferentes, distinguindo entre “autorização” (“autorización”) e “cessão” (“cesión”). A autorização seria o género de todo o acto ou negócio jurídico, pelo qual o titular de um direito consente e faz legítima a conduta de um terceiro que afecta, no todo ou em parte, o exercício do seu direito. A cessão seria espécie em relação à autorização apenas num sentido: o exercício por subrogação dos direitos cedidos. A autorização (sinónima de consentimento) faz alusão à fonte normativa 8ª vontade do titular) e a cessão faz alusão aos efeitos da vontade (efeitos translativos) – *cfr.* José Miguel Rodríguez Tapia, *Autorización y Cesión: el consentimiento para la intromisión en derechos inalienables*, in *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Luís Díez-Picazo*, Tomo I (semblanzas), *Derecho Civil (Parte General)*, Thomson, Civitas Ediciones, Madrid, 2003, pp. 874, 875 e *passim*.

³³⁸ Nas manifestações não negociais Oliveira Ascensão distingue os actos jurídicos em sentido restrito (em que há apenas vontade do movimento corpóreo) da declaração (em que há a consciência e vontade da declaração como tal) – *v.* *Direito Civil, II, cit.*, pp. 22, 43.

³³⁹ *Cf.* P. Mota Pinto, *A limitação voluntária, cit.*, p. 537.

personalidade em presença), do tipo ou grau de limitação concedido, da forma como o consentimento na limitação se exterioriza.

Assim, a doutrina nacional que se tem debruçado sobre a questão entende estarmos normalmente perante um negócio jurídico nas situações de consentimento vinculante e de consentimento autorizante³⁴⁰.

Mas há que atender a outros tipos de consentimento, como é o caso do consentimento informado para o acto médico (consentimento meramente tolerante), que tem sido considerado pela doutrina como “acto jurídico em sentido estrito”³⁴¹, “acto jurídico unilateral”³⁴², quase-negócio jurídico ou acto jurídico quase-negocial³⁴³.

VAZ SERRA afirma que o “consentimento do lesado” é um negócio jurídico unilateral, “ou, pelo menos, um acto análogo aos negócios jurídicos”³⁴⁴.

A pensar no consentimento a que se reporta o nº 1 do artigo 340º do Código Civil, PESSOA JORGE diz que o mesmo se exprime através da autorização (“acto pelo qual o titular de uma esfera jurídica permite que outrem nela se intrometa”), esclarecendo que a autorização é acto jurídico unilateral, normalmente dada sob a forma de acto permissivo³⁴⁵.

Como simples acto jurídico são-lhe aplicáveis as disposições gerais dos negócios jurídicos, “na medida em que a analogia das situações o justifique” (artigo 295º do Código Civil), nomeadamente em matéria de legitimidade³⁴⁶ e de requisitos de vontade correctamente formada e exteriorizada.

No caso do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, P. MOTA PINTO entende que a autorização para a limitação voluntária deve ser considerada “um negócio jurídico, seja quando integrada num verdadeiro contrato de autorização ... seja como negócio

³⁴⁰ Capelo de Sousa, *O Direito Geral*, *op.cit.*, p. 408, 448, que chama a atenção para o facto de o artigo 81º nº 2 do Código Civil, utilizar a expressão “outra parte”; André Gonçalo Dias Pereira, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente*, *Estudo de Direito Civil*, *op. cit.*, p. 135. Os conceitos de consentimento vinculante, autorizante e tolerante, serão considerados infra, a propósito nas diversas espécies de consentimento

³⁴¹ Dias Pereira, *O Consentimento Informado...* *op.cit.*, p. 136.

³⁴² Capelo de Sousa, *O Direito Geral...*, *op. cit.*, p. 411.

³⁴³ Dias Pereira, *idem*, *op. cit.*, p. 137; Ewald Hörster, *A Parte Geral...*, *op.cit.*, p. 208.

³⁴⁴ Adriano Paes da Silva Vaz Serra, *Causas Justificativas do Facto Danoso*, in *Boletim do Ministério da Justiça*, nº 85, Abril, 1959, p. 106.

³⁴⁵ Fernando de Sandy Lopes Pessoa Jorge, *Ensaio Sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*, reimp., Almedina, Coimbra, 1999, pp. 269-271.

³⁴⁶ *Cf.*, porém, os artigos 71º nº 3 e 73º, do Código Civil.

unilateral (previsto justamente no artigo 81º)”, uma vez que “o enquadramento como «simples acto jurídico» não daria ... conta do verdadeiro significado jurídico da autorização, a qual, aliás não apenas exprime o direito de autodeterminação do titular, mas é também, muitas vezes, o meio legítimo para explorar economicamente, comercializando, informações protegidas”³⁴⁷.

Pode ainda curar-se de saber se a declaração incorporada no negócio unilateral é receptícia ou se, pelo contrário, produz efeitos logo que é emitida³⁴⁸. Parece mais adequada à normal natureza *intuitus personae* do consentimento, a exigência de recepção para eficácia da declaração limitativa, não se compreendendo uma limitação voluntária do direito genérica. Nesse sentido, o artigo 81º nº 2 do Código Civil, refere-se expressamente à obrigação de indemnização “dos prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte”. JÜRGEN HELLE³⁴⁹ entende que a autorização, enquanto elemento negativo do tipo, é uma declaração de vontade receptícia, integrante de um negócio jurídico, na medida em que tem como finalidade a atribuição a outra pessoa de um poder jurídico de tomada de conhecimento ou de divulgação dos factos.

3.2. As diversas espécies de consentimento

ORLANDO DE CARVALHO³⁵⁰ contribuiu decisivamente – em sede de dogmática jus-civilística - para a compreensão do sentido do consentimento, ao distinguir três tipos: o tolerante, o autorizante e o vinculante³⁵¹.

Pelo consentimento tolerante justifica-se meramente a ilicitude de uma agressão, legitimando-se um poder factual de agressão (nos termos do disposto no artigo 340º do Código Civil), mas não se outorgando um direito de agressão. Opera-se a justificação da ilicitude do facto. O consentimento é meramente integrativo (não criando ou constituindo

³⁴⁷ *A limitação voluntária...*, op. cit., p. 537.

³⁴⁸ Esta questão não se confunde, naturalmente, com a necessidade do conhecimento da declaração para o destinatário dos seus efeitos a poder invocar.

³⁴⁹ Citado por P. Mota Pinto, *A limitação voluntária...*, op.cit., p. 538.

³⁵⁰ *Teoria Geral, Sumários...*, op.cit., pp. 91-100.

³⁵¹ Quanto a estas formas de consentimento propostas por Orlando de Carvalho, v. também Capelo de Sousa, *O Direito Geral...*, op.cit., pp. 220 e 221 (n. 446), 411, 441 e *passim*; Dias Pereira, *O Consentimento Informado...*, op.cit., pp. 131-133; P. Mota Pinto, *A limitação voluntária...*, op.cit., pp. 550-555.

qualquer direito para o agente)³⁵², é unilateral, anterior à lesão³⁵³ e torna lícito o acto lesivo dos direitos de personalidade, a não ser que esse acto lesivo seja contrário a uma proibição legal ou aos bons costumes. O seu regime assenta em dois pontos fundamentais: a livre revogabilidade e a não ressarcibilidade de quaisquer prejuízos. Seriam exemplo as intervenções cirúrgicas consentidas em benefício próprio, em que não se funda qualquer direito ou poder jurídico do médico para agressão à integridade física³⁵⁴.

O consentimento autorizante (artigo 81º do Código Civil) só é válido de não for contrário aos princípios de ordem pública, insere-se normalmente num negócio ou acto jurídico de estrutura bilateral³⁵⁵ e tem carácter constitutivo, pois envolve a celebração de um “compromisso jurídico sui generis que atribui a outrem um poder de agressão”, e através do qual o titular de direitos de personalidade limita voluntariamente o exercício de tais direitos. Determina a inexistência de ofensa (exclusão da ilicitude do facto). Atribui realmente um poder jurídico de agressão, mas com o consentimento revogável livremente e a todo o tempo, embora com uma certa obrigação de indemnizar, nos termos do artigo 81º nº 2 do Código Civil. Não surge uma obrigação ou vinculação, mas também não estamos perante a mera tolerância justificativa da agressão. Seriam exemplos as intervenções cirúrgicas em benefício alheio ou geral.

Na construção de ORLANDO DE CARVALHO, poderá ainda verificar-se um consentimento vinculante, irrevogável unilateralmente, nos termos gerais dos artigos 230º e seguintes e 406º do Código Civil. Trata-se de consentimento que origina um compromisso jurídico autêntico, designadamente um contrato. Neste caso não há atribuição de um poder de lesão, mas apenas disposição normal e corrente de direitos de personalidade que não se traduzam numa limitação ao exercício desses direitos. Seriam, assim, lícitos e irrevogáveis, nos termos gerais de Direito, os contratos de trabalho e de práticas desportivas não isentas de certos perigos (desde que razoáveis e não limitativos da personalidade) e o próprio contrato de aleitamento (desde que salvaguardadas as

³⁵² Nesse sentido, também Pessoa Jorge, *Ensaio, cit.*, p. 270, esclarecendo que “no caso contrário, esta causa de justificação não teria autonomia, reconduzindo-se ao exercício de um direito”.

³⁵³ Vaz Serra, *Causa Justificativa...*, *op.cit.*, p. 107, entende que o “consentimento posterior ao acto danoso não pode ter eficácia retroactiva”. No entanto, Pessoa Jorge aponta o carácter duvidoso de tal solução no domínio do direito civil, esclarecendo que “a qualificação jurídica de acto lícito, com todos os efeitos próprios (e não apenas com a irresponsabilidade do agente) pode ser concedida a posteriori” – *Ensaio...*, *op.cit.*, pp. 273, 274.

³⁵⁴ Também nesse sentido, Dias Pereira, *O Consentimento Informado...*, *op.cit.*, p. 133 e P. Mota Pinto, *A limitação voluntária...*, *op.cit.*, p. 552.

³⁵⁵ P. Mota Pinto diz, contudo, que o consentimento autorizante não corresponde a um contrato (*ibidem*).

necessidades próprias da aleitante para a sua descendência), uma vez que aí se dispõe de um produto orgânico e destacável.

Parece, contudo, preferível defender³⁵⁶ que este consentimento vinculante – que funda uma obrigação do titular e confere à outra parte o poder jurídico de agressão – é sempre revogável (nos termos do artigo 81º nº 2 do Código Civil), muito embora a revogação leve a uma verdadeira ruptura de um contrato e dê lugar a uma obrigação de indemnização pelo «dano de cumprimento» (ou seja, visando colocar o lesado na situação em que estaria caso se tivesse verificado o cumprimento da obrigação). Contudo, não é nunca admissível a execução em forma específica. Aliás, a possibilidade de exigir coactivamente o cumprimento, através da execução específica, não é uma característica essencial para se afirmar a existência de uma obrigação, como resulta do regime das obrigações naturais (artigos 402º a 404º do Código Civil)³⁵⁷.

Não parece igualmente admissível o recurso a um meio de compulsão ao cumprimento (como a sanção pecuniária compulsória – artigo 829º-A do Código Civil), ou a estipulação de uma cláusula penal com finalidades compulsórias. O que não significa que não fosse de admitir uma cláusula de liquidação antecipada da indemnização para o caso da revogação do consentimento. Ainda assim, o titular do direito sempre poderia (sem prejuízo da obrigação de indemnizar), através da revogação do consentimento, conseguir a extinção da sua obrigação e, por consequência, também a base para qualquer cláusula penal (sempre acessória, por natureza).

3.3. Desenvolvimento

Já se referiu *supra* a indisponibilidade dos direitos de personalidade, como sua característica marcante. Ficou então claro que a faculdade de disposição não se confunde com a de transmissão (embora a implique), e abrange não só o poder que o titular de um direito tem de o transferir para outrem, mas, de forma mais genérica, a faculdade de determinar o destino do direito subjectivo, *i.e.*, de actuar sobre o direito de acordo com a

³⁵⁶ Como o faz P. Mota Pinto, *A limitação voluntária*, *op.cit.*, pp. 553, 554.

³⁵⁷ Também na *common law* não existe tradicionalmente um direito à '*specific performance*' das obrigações naturais.

vontade própria, o que envolve situações como as de abandono, renúncia, modificação, limitação, consentimento.

É verdade que, perante o “carácter essencial, necessário e inseparável”³⁵⁸ dos bens jurídicos da personalidade (física e moral) humana, não se reconhece, em princípio, ao titular de tais bens as faculdades jurídicas de os extinguir, de dispor a favor de outrem da capacidade de direito³⁵⁹ dos poderes decorrentes da tutela da personalidade, ou até mesmo de se obrigar perante terceiro quanto ao exercício dos referidos poderes. Com efeito, a doutrina costuma apontar o facto de estarmos perante bens em larga medida fora do comércio jurídico (*extra commercium*)³⁶⁰ e salienta também que, por os bens jurídicos da personalidade humana serem tidos como inerentes ao seu titular, “constituindo o seu ser”³⁶¹, não podem ser alienados a favor de outrem, por serem inseparáveis do seu titular.

Há, no entanto, que ter presente que o conteúdo e o sentido dos poderes jurídicos integrantes da tutela da personalidade não são realidades estáticas, pois que se vão modificando na mesma medida das alterações que cada um introduz na sua própria personalidade. Alterações ou modificações que não são mais do que o funcionamento da liberdade e autodeterminação que se reconhece a cada pessoa, nomeadamente no interior da sua esfera pessoal e que, nessa medida, deveriam ser por todos respeitadas³⁶².

³⁵⁸ Capelo de Sousa, *O Direito Geral...*, *op.cit.*, p. 404.

³⁵⁹ A terminologia é a utilizada por Oliveira Ascensão (*Direito Civil, I...*, *op.cit.*, p. 144), que aqui igualmente se adopta. Também é chamada, pela doutrina, de capacidade de gozo. Ewald Hörster (*A Parte Geral...*, *op.cit.*, pp. 308-315), no entanto, parece seguir a posição da doutrina alemã, que não distingue entre personalidade jurídica e capacidade de direito, adoptando o conceito de *Rechtsfähigkeit*, que abrange ambas. Quanto à capacidade de agir, afirma que abrange quer a capacidade negocial (de gozo e de exercício) e a capacidade delitual.

³⁶⁰ Capelo de Sousa, *O Direito Geral...*, *op. cit.*, pp. 405, 406. Daí não poder uma personalidade humana auto reduzir-se à escravidão, não poder renunciar-se ao direito à vida ou à honra, não ser lícito o suicídio, não serem lícitas convenções limitativas da responsabilidade civil quando os danos previstos possam constituir grave lesão do corpo, não ser lícito o contrato de prestação de trabalho por toda a vida, etc. Menezes Cordeiro (*Tratado, I, Tomo III, op.cit.*, p. 107) entende que os direitos de personalidade não são, por essência, *extra commercium*, uma vez que, explica, o artigo 81º admite, em termos genéricos, a sua limitação voluntária desde que não se mostre atingida a ordem pública

³⁶¹ Cláudia Trabuco, *Dos Contratos Relativos ao Direito à Imagem*, in *O Direito*, Ano 133º, II (Abril-junho), 2002, p. 410, que admite, contudo, as limitações ao exercício (não á capacidade de gozo) dos direitos de personalidade, desde que respeitados os requisitos do nº1 do artigo 81º do Código Civil.

³⁶² A este propósito, Capelo de Sousa fornece o exemplo da “liberdade de mudança de religião ou, em certos casos, de configuração sexo-corporal” – *O Direito Geral...*, *op. cit.*, pp. 406, 407.

De qualquer forma, a doutrina é geralmente consensual³⁶³ na ideia de que a capacidade de gozo (ou de direito) dos bens integrantes da personalidade é sempre indisponível (até pela sua componente ética).

Ainda assim, o titular do direito de personalidade pode consentir³⁶⁴ em limitações quanto ao seu exercício, nos termos do artigo 81º nº 1 do Código Civil (uma manifestação do artigo 280º nº 2, segundo o qual é nulo o negócio contrário à ordem pública ou ofensivo dos bons costumes, e que constitui também uma *lex specialis* relativamente ao artigo 340º nº 2³⁶⁵, que estipula que o consentimento do lesado não exclui a ilicitude do acto quando este for contrário a uma proibição legal ou aos bons costumes). A limitação ao exercício dos direitos de personalidade é, por definição, menos gravosa do que a limitação ao gozo destes direitos. Efectivamente, não pode afectar tais direitos quer enquanto elementos da capacidade jurídica (artigo 69º do Código Civil), quer enquanto fontes de situações jurídicas concretas. Apenas pode incidir sobre expressões dos direitos de personalidade e, ainda assim, com carácter excepcional.

A limitação a que se reporta o citado artigo 81º nº 1 tem que ser voluntária (exigindo-se, assim, que a vontade de produção de efeitos limitativos tenha sido perfeitamente declarada e tenha sido formada de forma livre e esclarecida) e não pode ser contrária aos princípios de ordem pública, sob pena de nulidade. MENEZES CORDEIRO é de opinião que a inclusão, no artigo 81º nº 1 de uma regra de não contrariedade aos princípios de ordem pública, terá resultado de “uma preocupação «ordeira» do Estado Novo, mais do que uma referência dogmática útil”³⁶⁶.

Na verdade, em bom rigor, a não contraditoriedade com os princípios da ordem pública – enquanto requisito da limitação voluntária do exercício dos direitos de personalidade imposto pelo artigo 81º nº 1 – não prejudica a aplicação dos demais requisitos gerais sobre o objecto negocial dos artigos 280º a 282º do Código Civil (nomeadamente, no que aqui é de maior relevância, a proibição de contrariedade à lei, à ordem pública, ou a ofensa dos bons costumes e o requisito da determinabilidade), uma vez que tal limitação parece dever

³⁶³ Assim, expressamente, Capelo de Sousa, *idem*, *cit.*, p. 407 e Ewald Hörster, *A Parte Geral...*, *op. cit.*, p. 267.

³⁶⁴ Pessoa Jorge (*Ensaio...*, *op.cit.*, p. 272) afirma que “ao contrário do que muitas vezes se afirma, o consentimento do ofendido é largamente relevante no domínio dos direitos de personalidade: artigos 71º, nº 3, 73º, 76º, 77º, 79º e 81º”.

³⁶⁵ Nesse sentido, Ewald Hörster, *A Parte Geral...*, *op. cit.*, p. 268.

³⁶⁶ Tratado, I, Tomo III, *cit.*, p. 109.

assumir sempre a forma de um negócio jurídico³⁶⁷, seja negócio jurídico unilateral ou contrato. Neste último caso pode mesmo defender-se que possam ser mais restritivos os princípios de ordem pública, não só porque nos negócios jurídicos unilaterais vigora o princípio da tipicidade (artigo 457º do Código Civil), mas também por que nestes assume maior relevo o peso da vontade individual do titular do direito de personalidade enquanto fonte da limitação do respectivo exercício.

Para além da disponibilidade dos direitos de personalidade prevista no artigo 81º nº 1 do Código Civil (por via de um consentimento autorizante), o artigo 340º nº 1 vem igualmente permitir tal disponibilidade – agora através de um consentimento tolerante, que confere licitude à lesão³⁶⁸ dos direitos de personalidade - desde que respeite os requisitos aí impostos: não contrariedade à lei ou aos bons costumes. Este consentimento é aqui normalmente um acto jurídico unilateral, meramente integrativo da exclusão da ilicitude (*i.e.*, não constitutivo, na medida em que não cria qualquer direito para o agente da lesão) e que habitualmente se traduz num acto permissivo, que obriga a um consentimento específico para cada uma das lesões (uma vez que a perdurabilidade ou reiterabilidade da ofensa é normalmente contrária aos bons costumes)³⁶⁹.

O nº 3 do artigo 340º do Código Civil vem ainda estipular que se tem por consentida a lesão (neste caso, de um direito de personalidade) “quando esta se deu no interesse do lesado e de acordo com a sua vontade presumível”. O interesse do lesado há de medir-se pela “intenção de atingir para este um resultado útil e não pelo efectivo resultado obtido”³⁷⁰. Convém, contudo afirmar a necessidade de introduzir um limite objectivo, semelhante ao definido para a noção de «proveito comum do casal» para fixação do regime de dívidas do casal. Assim, não bastaria a intenção subjectiva do agente, mas seria necessária uma intenção objectiva de atingir um resultado útil, “aos olhos de uma pessoa

³⁶⁷ Sendo certo que o consentimento a que se reporta o artigo 340º nº 1 do Código Civil (que pode implicar igualmente limitação) pode revestir a forma de acto jurídico unilateral, mas sempre lhe seriam aplicáveis as disposições dos negócios jurídicos, na medida em que a analogia das situações o justifique – v. artigo 295º do Código Civil.

³⁶⁸ Distinto do consentimento do lesado é a cláusula de mera renúncia ao direito de indemnização, a cláusula de irresponsabilidade e a culpa do lesado, enquanto concausa da produção ou agravamento do dano. Nesse sentido, *cfr.* Pessoa Jorge, *Ensaio..., op. cit.*, pp. 269, 273 e ss., Vaz Serra, *Causas Justificativas, op.cit.*, pp. 104, 106, Pinto Monteiro, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil, op. cit.*, p. 130 e ss.

³⁶⁹ Capelo de Sousa (*O Direito Geral..., op. cit.*, p. 412) concebe, a título excepcional, o sistema de permissão continuada que admita a lesão até quando o titular declarar que a ela não se opõe ou a não autoriza, nos casos de se estar perante “bens de personalidade de pequena monta”. Com o devido respeito, a questão é: existirão bens de personalidade de pequena monta?

³⁷⁰ Pessoa Jorge, *Ensaio..., op.cit.*, p. 279.

média e, portanto, à luz das regras da experiência e das probabilidades normais”³⁷¹. No que concerne à vontade presumível, está-se fora “de qualquer ideia de ponderação de interesses e assim, se o agente devia saber que o *dominus* provavelmente não queria o acto – embora com este se evitasse a lesão de interesses que, à luz de critérios objectivos, eram superiores -, não actua em conformidade presumível”³⁷². Trata-se, pois, de uma presunção juris et de jure, mas em todo o caso a vontade presumível cede perante uma vontade real diferente, desde que conhecida ou cognoscível pelo agente.

No que diz respeito a restrições negociais a direitos de personalidade (previstas no artigo 81º do Código Civil), OLIVEIRA ASCENSÃO distingue três situações³⁷³, a saber: um “núcleo duro”, uma “orla” e uma “periferia”.

No núcleo duro o direito “não é susceptível de nenhuma limitação negocial”. Na orla podem estabelecer-se limitações, mas estas são revogáveis (nos termos do artigo 81º nº 2 do Código Civil). Na periferia “os direitos são limitáveis, sem incorrer na revogabilidade estatuída” no artigo 81º nº 2.

Esta terceira categoria só aparentemente é que colide com o artigo 81º, uma vez que respeita a certas figuras que, muito embora possam estar tipificadas como direitos de personalidade, não o são verdadeiramente. E não são verdadeiros direitos de personalidade (o que não impede que sejam direitos pessoais), porquanto se referem a ‘situações em que nenhum aspecto ético está implicado’, dessa forma ‘extrapolando’ do Direito da Personalidade. A livre disponibilidade desta periferia resulta, pois, do facto de não existirem razões éticas que a impeçam. Desta forma, os negócios celebrados não podem ser livremente revogáveis pelo sujeito, já que a revogabilidade a que se reporta o nº 2 do artigo 81º “não é um dom casual do legislador, é uma consequência ética da situação”.

Parece consensual na doutrina a ideia de que não é admissível um “consentimento geral” pelo titular do direito, uma vez que tal tipo de consentimento, sem qualquer delimitação do respectivo alcance, seria o equivalente a uma transmissibilidade, não admissível, do direito de personalidade³⁷⁴.

³⁷¹ Francisco Pereira Coelho / Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito da Família, Vol. I, Introdução, Direito Matrimonial*, 3ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 452.

³⁷² Pessoa Jorge, *op. cit.*, p. 279.

³⁷³ Direito Civil, I, *op.cit.*, pp. 94, 95.

³⁷⁴ Nesse sentido, Cláudia Trabuço, *Dos contratos Relativos ao Direito à Imagem, op. cit.*, p. 431.

3.4. O Código Civil de Macau e o novo Código Civil brasileiro: breves notas

Impõe-se, antes de mais, esclarecer que mais não se pretende aqui do que dar conta – de forma muitíssimo breve – da orientação geral seguida pelas codificações civis referidas (a de Macau e a brasileira) no que diz respeito à limitação voluntária de direitos de personalidade.

Quanto ao Código Civil de Macau³⁷⁵, regula os direitos de personalidade nos seus artigos 67º a 82º, sendo desde logo evidente o desenvolvimento do seu tratamento normativo, relativamente ao Código Civil português³⁷⁶. O artigo 69º, sob a epígrafe “Limitação voluntária dos direitos de personalidade”, estabelece no seu nº 1– como limites do consentimento para a limitação dos direitos de personalidade – a existência de interesses indisponíveis, a contrariedade aos princípios da ordem pública ou aos bons costumes³⁷⁷. Será provavelmente redundante a referência a interesses indisponíveis, uma vez que a indisponibilidade resultará precisamente dos princípios de ordem pública ou dos bons costumes. De qualquer modo, o legislador do Código Civil de Macau terá tido a intenção de não deixar de referir qualquer critério que possa legitimar restrições à validade de limitações voluntárias a direitos de personalidade³⁷⁸, deste modo complementando significativamente o preceito similar no Código Civil português (artigo 81º), que se limita a referir a ordem pública. No nº 5 do artigo 69º prevê-se a revogabilidade das limitações voluntárias aos direitos de personalidade, seguindo-se, pois, o estipulado no artigo 81º nº 2 do nosso Código Civil.

Ainda em sede de limitações voluntárias a direitos de personalidade, duas outras referências merecem destaque. Uma, a do artigo 70º nº 2, que proclama que “o direito à vida é irrenunciável e inalienável e não pode ser limitado legal ou voluntariamente”. Outra, a do artigo 71º, cujo nº 3 proíbe “o comércio de órgãos e outros elementos do corpo

³⁷⁵ Decreto-Lei nº 39/99/M de 3 de Agosto.

³⁷⁶ Sobre os direitos de personalidade no Código Civil de Macau, cf. o estudo de Paulo da Mota Pinto, *Os direitos de personalidade no Código Civil de Macau*, in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. LXXVI, Coimbra, 2000, pp. 205-250.

³⁷⁷ O preceito reza assim, no seu nº 1: “Toda a limitação voluntária ao exercício dos direitos de personalidade é nula, se disser respeito a interesses indisponíveis, se for contrária aos princípios da ordem pública ou se for contrária aos bons costumes”.

³⁷⁸ Considerando que o legislador poderá ter “ido um pouco longe demais na enumeração de circunstâncias que legitimam a invalidade de tais limitações voluntárias”, cf. P. Mota Pinto, *Os direitos de personalidade...*, op. cit., p. 226.

humano, ainda que dele destacados e com o consentimento do respectivo titular” e onde se lê no nº 4 que “a limitação voluntária ao direito à integridade física e psíquica é nula quando, segundo for possível prever, existam sérios riscos de vida ou, salvo justificação ponderosa, dela resultem provavelmente consequências graves e irreversíveis para a saúde do titular”. Trata-se do limite «pelo alto» do direito à integridade física, desde logo resultante da indisponibilidade do direito à vida. E também será ilícita a limitação se, de acordo com o razoável juízo de prognose, dela resultarem provavelmente consequências graves e irreversíveis. Não é, pois, suficiente a irreversibilidade das consequências, sendo igualmente necessária a sua gravidade. Admite-se, contudo, a existência de justificações ponderosas legitimadoras das consequências graves e irreversíveis³⁷⁹.

Por último, no que ao Código Civil de Macau concerne, consideram-se nulos os negócios jurídicos contrários à ordem pública ou aos bons costumes (artigo 273º nº 2) ou subordinados a “uma condição contrária à lei ou à ordem pública, ou ofensiva dos bons costumes” (artigo 264º).

Relativamente ao novo Código Civil brasileiro (Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002) consagra um capítulo aos “direitos da personalidade” (Livro I, Título I, Capítulo II), que são tratados nos artigos 11 a 21. O artigo 11 parece estabelecer proibição da limitação voluntária aos direitos de personalidade ao afirmar que, com excepção dos casos previstos na lei, “os direitos de personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”. A inspiração terá vindo do Código Civil Peruano de 1984³⁸⁰ que, no seu artigo 5º, dispõe (sob a epígrafe «Derechos de la persona humana»): “El derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor y demas inherentes a la persona humana son irrenunciabiles y no pueden ser objeto de cesion. Su ejercicio no puede sufrir limitacion voluntaria, salvo lo dispuesto en el articulo 6”³⁸¹.

Seja como for, o preceito é criticável. Com efeito, esquece que, em certo caso, sacrificar direitos de personalidade pode ser a maneira mais nobre da pessoa se realizar. E adopta a

³⁷⁹ Talvez não fosse difícil incluir em tais justificações ponderosas, por exemplo, a doação de um rim a um familiar.

³⁸⁰ Decreto Legislativo nº 295.

³⁸¹ O conteúdo do artigo 6º é o seguinte: “*Los actos de disposicion del propio cuerpo estan prohibidos cuando ocasionen una disminucion permanente de la integridad fisica o cuando de alguna manera sean contrarios al orden publico o a las buenas costumbres. Empero, son validos si su exigencia corresponde a un estado de necesidad, de orden medico o quirurgico o si estan inspirados por motivos humanitarios. Los actos de disposicion o de utilizacion de organos y tejidos de seres humanos son regulados por la ley de la materia*”.

postura repreensível de postergar de todo a autodeterminação e a autonomia privada, cujo exercício constitui uma das manifestações importantes do *ser pessoa*. Não admira que alguma doutrina brasileira apareça já a insurgir-se contra o referido preceito³⁸² e já existem entendimentos do preceito no sentido de que “o exercício dos direitos da personalidade podem sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral”³⁸³. Aliás, o princípio que o legislador parece ter querido consagrar, sofre derrogações no artigo 13 - que permite acto de disposição do próprio corpo desde que não importe diminuição permanente da integridade física e não contrarie os bons costumes – e no artigo 18 (que prevê a possibilidade de uso do nome alheio em propaganda comercial, mediante autorização deste³⁸⁴).

4. A relevância dos bens jurídicos em presença

A personalidade física ou moral referida no artigo 70º do Código Civil abrange quer os bens ligados à realidade física de cada pessoa (*homo phenomenon*), quer ainda os bens inerentes à sua autonomia e liberdade (*homo noumenon*). Por isso, o citado preceito não só protege o essencial da personalidade de todos os homens (*humanitas*), mas igualmente a particular individualidade e irrepetibilidade de cada um (*individualitas*).

Aproveitando a distinção, usual no domínio paralelo dos direitos fundamentais, entre direitos, liberdades e garantias, OLIVEIRA ASCENSÃO³⁸⁵ propõe, quanto aos direitos de personalidade, a seguinte tripartição, que subscrevemos:

- A) Os direitos à personalidade (os «direitos»), correspondentes, no essencial, aos clássicos direitos de personalidade (nomeadamente os previstos especificamente no Código Civil). Abrangem o “património básico constitutivo da personalidade”, onde estão incluídos bens como a vida e a integridade física, mas abarcam

³⁸² Por exemplo: Brunello Stancioli, *Sobre os Direitos da Personalidade no Novo Código Civil Brasileiro*, op. cit. Não tomando posição na matéria, mas tratando dos direitos de personalidade do Código Civil, cf. Josaphat Marinho, *Os direitos da personalidade no Projecto de novo Código Civil brasileiro*, in Portugal-Brasil, Ano 2002, tema Direito, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 247-261.

³⁸³ Assim, o enunciado 4 da I Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal do Brasil, disponível em <http://www.mp.rs.gov.br>.

³⁸⁴ O artigo 13 diz: “Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”. E o artigo 18: “Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial”.

³⁸⁵ *Direito Civil, I, op. cit.*, pp. 107-109.

igualmente outros aspectos da personalidade (agora num ponto de vista estático), como a honra, a imagem ou o nome.

- B) Os direitos à conservação da personalidade (as «garantias»), com um cariz sobretudo defensivo contra intromissões exteriores (é o campo da privacidade na sua feição negativa). Incluem a inviolabilidade do domicílio, a confidencialidade das cartas missivas e a reserva da intimidade da vida privada.
- C) Os direitos à realização da personalidade (as «liberdades»), que implicam uma visão dinâmica dos direitos de personalidade e da própria personalidade. Com efeito, esta “não é evento acabado”, já que o homem “tende ilimitadamente a aperfeiçoar-se”. Por isso se chama à colação a ideia de liberdade, como garantia do espaço de actuação de cada um (autonomia) e condição “sine qua non” para o desenvolvimento da personalidade. Aqui se incluíam um grande número de liberdades (destinadas a permitir o desenvolvimento da personalidade) como a liberdade de criação cultural e liberdades de participação social, entre as quais a de reunião, associação, manifestação.

5. A declaração de limitação voluntária – o consentimento informado

O consentimento (bem como o dissentimento) corresponde a uma declaração de vontade que visa uma terminada consequência jurídica, a disposição de um direito de personalidade. Contudo, ao prestar consentimento (ou manifestar dissentimento), o titular do direito de personalidade não está a renunciar às consequências jurídicas da violação de tal direito, mas sim a afirmar o exercício do mesmo. Os bens jurídicos visam assegurar o livre desenvolvimento da pessoa, pelo que a disposição de um bem jurídico por parte do seu titular não é uma limitação de tal livre desenvolvimento, mas antes a sua expressão³⁸⁶.

O acordo ou o consentimento para a limitação voluntária de direitos de personalidade exprime-se por uma declaração que – com excepção das situações de mero consentimento tolerante – deve considerar-se uma declaração negocial.

Está, por isso, sujeita ao regime geral previsto no Código Civil, nomeadamente ao princípio da liberdade declarativa (artigo 217º nº 1) e ao princípio da liberdade de forma

³⁸⁶ Neste sentido, Geraldo Rocha Ribeiro, *A Protecção do Incapaz Adulto no Direito Português*, Coimbra Editora, 2010, p. 174.

(artigo 219º). Pode, por isso, ser conferida expressa ou tacitamente, por um comportamento concludente e não carece de forma escrita³⁸⁷. Nos casos em que surjam dúvidas quanto a saber se se está na verdade perante um consentimento tácito, deverão as mesmas ser resolvidas de harmonia com os critérios gerais de interpretação da declaração negocial, aplicáveis à determinação da concludência do comportamento.

Compete ao respectivo beneficiário e não ao titular do direito, o ónus da prova da existência de um consentimento ou acordo³⁸⁸.

Por força da natureza pessoal dos interesses em causa, deve prestar-se especial atenção à verificação da integridade do consentimento. Esse cuidado deve existir sobretudo em situações de necessidade, dependência ou de inferioridade de poder económico do titular do direito. Exemplo de um caso destes seria o do trabalhador ser levado a limitar a reserva sobre a sua vida privada por temer as consequências de uma eventual recusa ao pedido da entidade patronal nesse sentido (*i.e.*, no sentido de permissão para certas formas de controlo ou para a realização de determinados testes).

Igualmente tendo em atenção a natureza dos interesses envolvidos, impõe-se especial cautela na interpretação da declaração limitativa e determinação dos seus efeitos. Por outro lado, em princípio não serão de admitir declarações de consentimento genérico ou sem qualquer limitação temporal³⁸⁹.

Outras questões relacionadas com a eficácia da declaração de limitação voluntária são ainda as da transmissibilidade dos “direitos” do destinatário da declaração e a da eficácia da limitação em relação a terceiros. Ora, em princípio – e se nada em contrário resultar expressamente da declaração – o consentimento é concedido *intuitus personae*, não tem eficácia real translativa do direito³⁹⁰, sendo assim necessária autorização do titular do direito para transmissão a terceiros de tal consentimento. Na verdade, o consentimento visa beneficiar um destinatário concreto, pelo que este (até mesmo quando beneficia da atribuição de um poder exclusivo) não dispõe de um direito invocável directamente perante terceiros (seja para efeitos de responsabilidade civil, para recorrer a providências

³⁸⁷ Nesse sentido, cfr. P. Mota Pinto, *A limitação voluntária..., op. cit.*, p. 539 e também Ewald Hörster, *A Parte Geral..., op. cit.*, p. 269.

³⁸⁸ Assim P. Mota Pinto, *idem, op.cit.*, p. 539, n. 28.

³⁸⁹ Assim, P. Mota Pinto, *A limitação voluntária..., op. cit.*, p. 540, quanto ao direito à reserva sobre a intimidade da vida privada.

³⁹⁰ A afirmação não é pacífica, já que há autores que sustentam a sua eficácia real, como é o caso de H. Hubmann, citado por P. Mota Pinto, *A limitação voluntária..., op. cit.*, p. 555, n. 60.

destinadas a evitar ofensa ou para pretensões restituições em sede de enriquecimento sem causa). Só o titular detém o poder de autorizar a limitação voluntária em benefício de terceiros (sem prejuízo da obrigação de indemnizar o primeiro beneficiário, caso tenha concedido a este exclusividade na limitação).

A declaração de limitação voluntária pode ser anulada ou ser objecto de declaração de nulidade, com fundamento nas regras sobre a incapacidade ou falta ou vício da vontade³⁹¹, ou com fundamento na sua ilicitude ou contrariedade à ordem pública ou aos bons costumes. Assim, a limitação tem que ser declarada sem divergência, intencional (por simulação, reserva mental e declarações não sérias) ou não intencional (por coacção física, falta de consciência da declaração, erro na declaração e erro na transmissão), com a vontade e esta tem de ter sido formada sem vícios nos termos gerais dos negócios jurídicos³⁹²).

No que concerne ao consentimento informado para o acto médico, a doutrina tem-se igualmente pronunciado no sentido de que a regra para a respectiva declaração é a da liberdade de forma³⁹³ (artigo 219º do Código Civil e artigo 38º nº 2 do Código Penal), muito embora enfatize a utilidade do consentimento (ou dissentimento) escrito. Existem, no entanto, situações em que se exige o consentimento escrito³⁹⁴. E casos existem, também, em que se exige o consentimento expresso (para além, naturalmente, das que têm que assumir a forma escrita)³⁹⁵.

Ainda relativamente à declaração de consentimento informado para o acto médico, uma problemática que tem merecido a atenção da doutrina é a que se prende com a utilização de

³⁹¹ Aplicáveis directamente ou, quando se entenda não se tratar de um negócio jurídico, por força do disposto no artigo 295º do Código Civil.

³⁹² Cf. Capelo de Sousa, *O Direito Geral...*, op. cit., p. 407, n. 1021.

³⁹³ Assim, representativamente, cfr. João Vaz Rodrigues, *O Consentimento Informado para o Acto Médico no Ordenamento Jurídico Português*, op. cit., p. 425 e passim; Dias Pereira, *O Consentimento Informado...*, op. cit., p. 481.

³⁹⁴ Assim acontece em matéria de: interrupção voluntária da gravidez (artigo 142º nº 3 alínea a) do Código Penal); esterilização (artigo 10º da lei nº 3/84 de 24 de Março); diagnóstico pré-natal (artigo 3º alínea c) do Despacho nº 5411/97 de 6 de Agosto); testes de biologia molecular em crianças e adolescentes (artigo 7º nº 1 do Despacho nº 9109/97 de 13 de Outubro); prática de electroconvulsoterapia e de intervenções psiquiátricas (artigo 5º nº 1, alínea d) e nº e da Lei de Saúde Mental; ensaios clínicos em seres humanos (artigo 10º do Decreto-Lei nº 97/94; transplantações entre vivos (artigo 19º nº 2 da Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano Relativa às Aplicações da Biologia e da Medicina, que estipula que o consentimento tem que ser prestado por escrito ou perante uma instancia oficial).

³⁹⁵ Com elenco das situações mais significativas, v. Dias Pereira, *O Consentimento Informado...*, op. cit., pp. 478-481.

minutas pré-elaboradas (formulários) sobretudo pelos Hospitais ou Clínicas³⁹⁶, prática eventualmente condicionadora dos exactos termos, conteúdo e alcance do referido consentimento. A fim de dar resposta à questão, tem-se defendido o controlo de tais formulários através da aplicação das disposições legais relativas às cláusulas contratuais gerais (Decreto-Lei nº 446/85 de 25 de Outubro, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei nº 220/95 de 31 de Agosto e pelo Decreto-Lei nº 249/99 de 7 de Julho)³⁹⁷.

E quanto à questão do alcance do consentimento informado, são normalmente mobilizados para a discussão o artigo 156º nº 2 alínea b) do Código Penal, o artigo 8º da Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano Relativa às Aplicações da Biologia e da Medicina e, por vezes (quando perante um contrato civil médico), o artigo 1162º alínea a) do Código Civil. Entende-se que, preenchidos que sejam os requisitos das normas apontadas, o consentimento poderia considerar-se estendido a actos nele não expressamente consignados («*extended operations*»), sendo certo que existe alguma discussão em torno do exacto teor de tais requisitos.

6. Revogabilidade das limitações voluntárias (rectius, do consentimento e do dissentimento): fundamento, regime e consequências

O regime geral aplicável às declarações negociais prescreve, como princípio, a sua irrevogabilidade (artigos 230º e 406º, ambos do Código Civil), nomeadamente no caso de se tratar de uma declaração integrada num contrato. Isto, sem prejuízo da possibilidade de revogação poder ser objecto de uma reserva por parte do titular no momento da autorização para a limitação voluntária, uma vez que aquele é livre para reservar-se expressamente a possibilidade de revogação e definir as circunstâncias em que esta poderá ter lugar (caso em que não haverá qualquer obrigação de indemnizar os prejuízos causados às “legítimas expectativas da outra parte”, de que fala o nº 2 do artigo 81º do Código Civil).

³⁹⁶ Entre nós, a Circular Informativa nº 15/DSPCS, de 23-03-98 da Direcção Geral de Saúde, veio incentivar a utilização de formulários, ao dizer: “A existência de um formulário parece constituir a forma mais simples, clara e facilitadora para o fornecimento e obtenção do consentimento”. Para consultar diversos de tais formulários, v. Vaz Rodrigues, *O Consentimento Informado...*, op.cit., p. 461 e ss.

³⁹⁷ Defendendo esta solução, Dias Pereira, *O Consentimento Informado...*, op. cit., pp. 534-550, que cita alguma doutrina alemã que apelida de “*bürokratischen Formalismus*” a tendência para a utilização de declarações escritas em matéria de consentimento informado.

Isto significa, então, que o problema da revogabilidade se suscita, em sede de limitações voluntárias dos direitos de personalidade, apenas nas situações em que não exista qualquer reserva, expressa ou tácita, de tal possibilidade. Para estas situações dispõe o artigo 81º nº 2 do Código Civil que a limitação voluntária, “quando legal, é sempre revogável, ainda que com a obrigação de indemnizar os prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte”.

Importa, antes de mais, salientar que não estamos perante uma verdadeira revogação – e, por consequência, não existe obrigação de indemnizar com tal fundamento – quanto o consentimento seja nulo, designadamente por violação de proibição legal ou princípios de ordem pública. O que não impede que, eventualmente se possa concluir que o comportamento do titular do direito foi desconforme com os ditames da boa fé, caso em que não seria de descartar a possibilidade de o mesmo incorrer em responsabilidade pré-contratual (artigo 227º nº 1 do Código Civil). Por outro lado, se o consentimento for nulo, mas entretanto se tiver verificado a acção lesiva do direito de personalidade, não estará a mesma justificada, pelo que existe a obrigação de indemnizar o titular do direito (sempre sem prejuízo da possibilidade de aplicação do disposto no artigo 570º do Código Civil, sobre a culpa do lesado). Aliás, quanto a eventuais abusos do titular do direito³⁹⁸, podem ser enfrentados através do recurso a figuras como a do abuso de direito (nomeadamente por proibição do *venire contra factum proprium*).

O que interessa reter é que, no nosso ordenamento jurídico, a limitação voluntária de direitos de personalidade é livremente revogável, solução que constitui “expressão das limitações, resultantes da natureza personalística dos bens em questão, impostas à disposição contratual de direitos de personalidade”³⁹⁹. Este entendimento relativo aos direitos de personalidade tem sido defendido, “por analogia” a “outros direitos fundamentais do trabalhador enquanto pessoa humana”, fazendo-se apelo ao já citado artigo 81º do Código Civil, admitindo-se a revogação da “declaração de renúncia ou de limitação destes direitos a todo o tempo e unilateralmente pelo trabalhador”⁴⁰⁰. Aliás, VAZ SERRA defende que, em princípio, o consentimento do lesado deve ser revogável,

³⁹⁸ Imagine-se, por exemplo, uma situação em que o titular do direito, logo após o consentimento e ter recebido alguma contrapartida, revoga o consentimento para celebrar outro contrato mais vantajoso.

³⁹⁹ P. Mota Pinto, *A limitação voluntária...*, op. cit., p. 557.

⁴⁰⁰ Maria do Rosário Palma Ramalho, *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais da Pessoa*, in Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço, Volume II, Almedina, Coimbra, 2002, p. 414.

argumentando que não há razão para a irrevogabilidade da “autorização para ofensa dos próprios interesses”⁴⁰¹.

Estamos, pois, perante um caso de responsabilidade civil por acto lícito⁴⁰². Acontece, porém, que – na linha dos que acusam a revogabilidade de contrariar as conveniências do comércio jurídico⁴⁰³ - têm-se levantado vozes no sentido de se imporem restrições à revogabilidade do consentimento ou, pelo menos, desta ficar condicionada nas situações em que a especificidade do direito de personalidade assim o exija ou em que se tenha verificado uma alteração de circunstâncias ou de atitude do titular⁴⁰⁴. Tais posições não colhem se estivermos realmente perante direitos de personalidade (com o seu imprescindível substrato ético), sendo preferível resolver os problemas suscitados pela revogação exclusivamente em sede de responsabilidade civil. Até pela sua incompatibilidade com o artigo 81º nº 2 do Código Civil, que apenas admite a protecção dos interesses da outra parte através de uma indemnização dos prejuízos causados às suas legítimas expectativas, mantendo, contudo, a possibilidade de revogação.

A revogabilidade, ou melhor, o efeito revogatório, não fica dependente da satisfação da indemnização, já que o interesse pessoal do titular do direito de personalidade prevalece sobre os interesses patrimoniais da outra parte. Não há, assim, lugar à aplicação do disposto no artigo 432º nº 2 do Código Civil.

CAPELO DE SOUSA⁴⁰⁵ faz notar que o regime de revogabilidade a que alude o artigo 81º nº 2 do Código Civil só é de aplicar se estivermos perante verdadeiras limitações ao exercício de direitos de personalidade (nos termos do nº 1 do mesmo preceito), o que seguramente não acontece “quando o conjunto dos bens da personalidade não sofra diminuição, sendo a restrição de um bem da personalidade não essencial compensada pelo aumento ou desenvolvimento de outro bem da mesma personalidade, no âmbito do poder de autodeterminação do sujeito activo”. A ideia é atraente, sendo certo que sempre fica a

⁴⁰¹ Vaz Serra, *Causas Justificativas do Facto Danoso*, op. cit., p. 106. No entanto, o autor faz notar que a irrevogabilidade será o regime nos casos em que o autor do consentimento manifestou vontade nesse sentido, ou se tal resultar da finalidade de tal consentimento. Tais hipóteses não se aplicam, obviamente, em sede de limitações voluntárias a direitos de personalidade.

⁴⁰² Assim, P. Mota Pinto, *A limitação voluntária...*, op. cit., p. 558.

⁴⁰³ Principalmente nos casos de disposições de bens da personalidade integradas em actividade profissional do respectivo titular, como seria o caso do direito à imagem de modelos e manequins profissionais.

⁴⁰⁴ Com referência ao tratamento que o assunto tem tido nos ordenamentos alemão, italiano e francês, cfr. P. Mota Pinto, *A limitação voluntária...*, op. cit., pp. 557, 558, n. 63.

⁴⁰⁵ *O Direito Geral...*, op. cit., p. 410.

sensação de que a terminologia utilizada não convence totalmente. Com efeito, existirão bens de personalidade (com os correspondentes direitos de personalidade) não essenciais?

Duas últimas questões merecem ainda uma abordagem: a do alcance da expressão “sempre” do nº 2 do artigo 81º do Código Civil e a de saber em que consistem as “legítimas expectativas” a que o mesmo preceito se refere.

A expressão “sempre” sugere, pelo menos, grande amplitude temporal, entendimento que se justifica perante o intuito que fundamenta a possibilidade de revogação: a salvaguarda do poder de autodeterminação do titular do direito de personalidade, nomeadamente perante limitações voluntárias que tenham eventualmente sido precipitadamente assumidas, ou que provoquem consequências inicialmente não ponderadas ou de que o titular se arrependeu. Pode, desta forma, dizer-se que a expressão “sempre” abrange o período de tempo que medeia entre a declaração de consentimento para a limitação voluntária do direito de personalidade e o começo da execução dos actos materiais limitativos de tal exercício; e inclui ainda os períodos compreendidos entre este último momento e outros momentos, como sejam: o da cessação da execução dos referidos actos materiais, o da cessação dos efeitos removíveis ou susceptíveis de atenuação dos mesmo actos ou ainda o da extinção jurídica do negócio jurídico limitativo⁴⁰⁶.

Quanto às “legítimas expectativas”, CASTRO MENDES⁴⁰⁷ considera-as “expectativas jurídicas”, *i.e.*, “da posição jurídica do potencial futuro adquirente de um direito subjectivo, que beneficia da circunstância de se haverem verificado já alguns elementos do facto complexo de que depende essa aquisição e de isso por lei lhe conferir já uma certa medida de protecção”⁴⁰⁸.

Independentemente da sua qualificação como “expectativas jurídicas”, parece segura a intenção do legislador em tutelar a “razoável confiança” da outra parte, como bem expôs PESSOA JORGE ao afirmar que o nº 2 do artigo 81º “contém a concessão excepcional do poder discricionário e unilateral de revogar um contrato válido e comina a obrigação de

⁴⁰⁶ Sobre o alcance da expressão “sempre” no que concerne à revogação de limitação voluntária ao direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, v. *P. Mota Pinto, A limitação voluntária..., op. cit.*, p. 556.

⁴⁰⁷ *Teoria Geral, II, op.cit.*, p. 152.

⁴⁰⁸ E dá como exemplo “a situação do que espera lucros de um convénio lícito que afecte direitos de personalidade – por exemplo um contrato de boxe” – *idem*, p. 152.

indemnizar os prejuízos resultantes da razoável confiança, que a outra parte tenha depositado na continuação do mesmo contrato”⁴⁰⁹.

A ser assim, não são indemnizáveis todos os prejuízos causados pela revogação do consentimento (artigos 562º do Código Civil), mas apenas os prejuízos que se contiverem na justa medida em que era razoável a confiança da contraparte na manutenção (não revogação) do consentimento. Desta forma se tutela a existência, a qualidade e o grau de confiança da outra parte, quer nas circunstâncias objectivas, quer nas subjectivas (v.g., as potencialidades e capacidades físicas, psicológicas, anímicas do titular, bem como a sua estrutura comportamental e carácter) em que o consentimento se verificou e em que é razoavelmente de esperar a sua manutenção.

⁴⁰⁹ *Ensaio, op.cit.*, p. 314.

CAPÍTULO VI – LIMITES AO CONSENTIMENTO E AO DISSENTIMENTO

1. Lei, ordem pública e bons costumes

Lei e ordem pública

O artigo 5º da Lei nº25/2012 comina com a 'inexistência jurídica' as diretivas antecipadas de vontade que "sejam contrárias à lei, à ordem pública ou determinem uma atuação contrária às boas práticas" (alínea a)). E nos termos do artigo 81º nº 1 do Código Civil, “a limitação voluntária dos direitos de personalidade é nula, se for contrária aos princípios de ordem pública”. Por seu turno, o artigo 340º nº 2 do Código Civil refere como limite material à restrição voluntária a não contrariedade “a uma proibição legal ou aos bons costumes”, como o faz o artigo 38º nº 1 do Código Penal (ao referir-se à livre disponibilidade dos interesses e aos bons costumes)⁴¹⁰. Sem prejuízo de se reconhecer que nestes dois preceitos – ao contrário do que acontece no artigo 81º do Código Civil – o consentimento ali referido é causa de justificação que faz com que a lesão existente não seja ilícita (estando, assim, em apreço não a constituição de compromissos jurídicos ou a atribuição de poderes jurídicos de agressão, mas apenas a mera tolerância justificativa), o que é certo é que não parece fundamentada a diferença de cláusula geral relevante (“ordem pública” e “bons costumes”)⁴¹¹.

A ordem pública a ter aqui em conta é a ordem pública interna do Estado português e não a ordem pública internacional⁴¹².

OLIVEIRA ASCENSÃO⁴¹³ alerta desde logo para o facto de a noção de ordem pública não poder ser entendida como o “conjunto das regras injuntivas”, nem mesmo um eventual “círculo de regras de maior intensidade, cuja violação seria particularmente sentida”. Na verdade, o Código Civil distingue a violação da lei e a ofensa de ordem pública (artigos 280º, 281º), pelo que esta não pode representar um conjunto de regras.

⁴¹⁰ O legislador civil e penal português remete para outras ordens normativas não jurídicas, o que vem afinal a significar que crê na existência de um fundamento ético do Direito.

⁴¹¹ Ainda que eventualmente intencional, como impõe a presunção do legislador razoável.

⁴¹² Nesse sentido, *cfr.* Oliveira Ascensão, *Direito Civil, II, op.cit.*, pp. 319-321; Fernando Andrade Pires de Lima / João de Matos Antunes Varela, *Código Civil Anotado, Volume I (artigos 1º a 761º)*, 2ª edição revista e actualizada, Coimbra Editora, 1979, p. 97; Capelo de Sousa, *O Direito Geral..., op. cit.*, p. 407, n. 1022; e o Acórdão do STJ de 25-09-2003 (relator Oliveira Barros) disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/>.

⁴¹³ *Direito Civil, II, op.cit.*, p. 319.

A observação é pertinente, tanto mais que já se defendeu posição contrária. ESPÍN CÁNOVAS⁴¹⁴ dá-nos conta que a doutrina francesa se tem dividido nesta questão entre duas tendências: uma direcção positiva (declaração legislativa) e uma direcção extra-positiva (declaração judicial). Para a primeira das posições (a “escola exegetica”), a ordem pública identificar-se-ia com as leis imperativas, acrescentado alguns autores que sobretudo as leis imperativas estabelecidas pelo legislador no interesse vital da sociedade⁴¹⁵ (“el interés vital de la sociedad”). A posição “extra-positiva” corresponde à mais moderna doutrina, que reconhece que “el orden público ... vela por el interés general limitando toda voluntad privada que pugne con este, aunque el supuesto de que se trate no este previsto en una ley imperativa. El juez decidirá cuando debe intervenir el principio de orden público”⁴¹⁶.

A ordem pública constitui então “um círculo de exigências da própria ordem objectiva que representa limite aos negócios das partes – mesmo quando não há propriamente a ofensa de um concreto preceito da lei ou a contrariedade aos bons costumes”⁴¹⁷.

Pode, pois, ser entendida como “o conjunto dos princípios fundamentais, subjacentes ao sistema jurídico, que o Estado e a sociedade estão substancialmente interessados em que prevaleçam e que têm uma acuidade tão forte que devem prevalecer sobre as convenções privadas”⁴¹⁸. Verificar-se-á, assim, violação da ordem pública sempre que se ofendam interesses da colectividade que não devam ser sacrificados aos interesses particulares, embora não exista nenhuma previsão da situação em preceito legal.

Para ESPÍN CÁNOVAS⁴¹⁹, destacam-se duas características na ordem pública: a “flexibilidade” e a “variabilidade”. A flexibilidade implica que a ordem pública pode impor o seu efeito proibitivo fora de um texto legal. Porém, pergunta aquele autor, como é que o juiz formará o seu critério nesta apreciação de que uma determinada regra criada por particulares contraria a ordem pública, uma vez que esta não resulta de uma lei escrita? E

⁴¹⁴ *Los Limites de la Autonomia de la Voluntad Privada*, op.cit., pp. 10-16; *Las nociones de orden público y buenas costumbres como limites de la autonomia de la voluntad en la doctrina francesa*, in *Anuário de Derecho Civil*, Tomo XVI, Fascículo III, Julio-Septiembre MCMLXIII, pp. 786-791.

⁴¹⁵ Alguns chegaram mesmo a identificar a ordem pública com o Direito Público – cf. Giovanni B. Ferri, *Ordine Pubblico, Buon Costume e la Teoria del Contrato*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1970, p. 6.

⁴¹⁶ *Las nociones...*, op.cit., p. 790.

⁴¹⁷ Oliveira Ascensão, *Direito Civil, II*, op.cit., p. 320.

⁴¹⁸ Mota Pinto, *Teoria Geral*, op.cit., p. 551.

⁴¹⁹ *Los limites*, op.cit., pp. 16, 17.

responde⁴²⁰ dizendo que “el juez no es libré, sin embargo, de tener una concepción personal del orden público. Debe deducirla del conjunto de textos en vigor en el día en que juzga, del espíritu de la ley”. A variabilidade, estaria relacionada com o facto de um mesmo instituto poder ou não contrariar a ordem pública, consoante as “concepções políticas o sociais imperantes num Estado”⁴²¹. E cita quem defenda que a ordem pública “no se trata de una posición estática a fotografiar, sino de un movimiento que filmar” e que a ordem pública “es para las naciones lo que el orden natural es para el hombre: un instituto de conservación y de crecimiento”, ou “una tendencia hacia un equilibrio que, apenas se logra, se destruye: equilibrio entre las concepciones nacionales de lo Eterno y de lo Temporal”, ou ainda “la noción de Derecho tal y como ha sido comprendida en una sociedad, o más exactamente, que el orden público está constituido por los caracteres específicos del Derecho en un grupo social dado”⁴²².

Ainda quanto ao conceito de ordem pública, FERRI⁴²³ dá conta de que pode definir-se como “*l’equilibrio delle forze ordinanti, dell’ordinarsi e dell’ordinato, che si realizza attraverso una fusione del dato giuridico con quello metagiuridico, in una determinata società e in un dato sistema; equilibrio suscettibili di evoluzione ma che, fin quando si pone su determinate basi, non consente turbamenti o fratture*”. A violação da ordem pública dar-se-á, pois, sempre que se provoca a perturbação de uma consciência jurídica (nos seus aspectos essenciais) que, na sua expressão natural, está em harmonia com o sistema constituído. O autor aponta ainda a relatividade histórica do conceito de ordem pública e a mutabilidade (“*mutevolezza*”) do seu significado em função da estrutura da sociedade e dos fundamentos do ordenamento jurídico e igualmente em função da diversa postura (“*atteggiarsi*”) da consciência colectiva de um povo.

No que concerne à função que os princípios de ordem pública desempenham, pode verificar-se a existência de três “tendências”: jurídico-geral, social-material, jurídico-fundamental⁴²⁴. A tendência “jurídico-geral” atribui à noção de ordem pública uma função

⁴²⁰ Citando Julliot de la Mondiere.

⁴²¹ Refere, a propósito, o caso do divórcio, admitido em França em 1804, considerado contra a ordem pública em 1816 e novamente admitido em 1884. O exemplo só se compreenderia, caso a admissão e/ou proibição do divórcio não resultasse de lei expressa, mas precisamente da noção de “ordem pública”.

⁴²² *Las nociones...*, op. cit., pp. 803, 804.

⁴²³ *Ordine Pubblico, Buon Costume...*, op. cit., p. 9.

⁴²⁴ A terminologia é de Espín Cánovas, cuja exposição aqui se segue de perto, quanto a esta questão; a sistematização aplicar-se-ia igualmente à noção de bons costumes, tendo em conta a função deste conceito – cf. *Las nociones...*, op. cit., pp. 807, 808.

tão genérica no mundo do Direito que facilmente se confunde com a própria função deste, aliás sem trazer qualquer novo critério ou contributo útil. A “social-material” imputa à noção de ordem pública a função de salvaguarda da paz social. Este modo de entender a função da ordem pública esquece que, muito embora a salvaguarda da paz social seja função da ordem jurídica, esta prossegue metas mais elevadas. O critério “jurídico-fundamental” orienta-se precisamente para os fins mais elevados da ordem jurídica, sem confundir-se com esta. A ordem pública prosseguiria o fim de servir de guardião das instituições fundamentais do Estado, que não podem sujeitar-se ao arbítrio da vontade privada.

De todo o modo, como bem faz notar OLIVEIRA ASCENSÃO, “o importante é observar que a ordem pública representa princípio, e não regra”⁴²⁵, no sentido de que implica um complexo valorativo (resultante de princípios fundamentais, tais como o da dignidade da pessoa humana e outros que representem “bases da vida social”), a ser sempre preservado na comunidade. E por ser regra, funciona em concreto⁴²⁶, pressupondo previamente feita a interpretação das fontes e procurando apurar se, no caso concreto, o resultado a que se chega é ou não admissível face aos princípios fundamentais da ordem jurídica, é ou não “tolerável” na comunidade. A ordem pública funcionaria, desta forma, a título subsidiário, como uma “cláusula de recurso”, em tudo semelhante ao enriquecimento sem causa e a outras cláusulas análogas. Através dela não se opera nenhuma interpretação correctiva ou correcção, existindo antes uma “reserva geral da ordem jurídica em globo”, com o fito de impedir resultados incompatíveis com os ditos princípios fundamentais da ordem jurídica.

De tudo quanto se deixa dito pode perceber-se que a ordem pública, se é certo que pode constituir um limite à autonomia privada, isso não significa, naturalmente, que coloque quaisquer limites aos direitos fundamentais (ou aos direitos de personalidade) da pessoa. Não se trata de limitar estes (os direitos das pessoas individualmente consideradas) em função de alegados superiores interesses do Estado. Do que se trata é da exigência de que os indivíduos nas suas convenções ou actuações não subvertam os princípios fundamentais da ordem jurídica (que esta postula como fundamentais para o funcionamento da sociedade). Não há, pois, razões para contrariar a ideia de que a ordem pública é expressão da posição da pessoa humana na ordem jurídica, já que exprime os valores fundamentais

⁴²⁵ *Direito Civil, II, op.cit.*, pp. 320, 321.

⁴²⁶ Também nesse sentido, Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil, I, op.cit.* p. 234.

que caracterizam a posição do indivíduo numa dada sociedade e que, por essa razão, assumem um relevo essencial, não sendo disponíveis pelos indivíduos⁴²⁷.

Bons costumes⁴²⁸

Pese embora - também aqui, como em sede de ordem pública - a dificuldade de definição, têm-se debatido duas grandes concepções⁴²⁹: a sociológica e a idealista.

A concepção sociológica dos bons costumes procura o respectivo conceito (evolutivo) na opinião social dominante, aceitando a sua natureza variável e contingente. A concepção idealista, mais orientada por ditames de ordem filosófica ou religiosa⁴³⁰, opõe-se à mera aceitação das práticas usuais, reagindo sobre elas.

Os bons costumes – equivalentes à noção de “moral pública” do artigo 671º nº 4 do Código Civil de Seabra – não são definidos pela lei, mas entre nós, a doutrina tem ensaiado definições, por exemplo considerando os bons costumes como “o conjunto das regras morais aceites pela consciência social”. Não se trataria de “usos ou práticas morais, mas de ideias ou convicções morais; não da moral que se observa e se pratica (*mores*), mas daquela que se entende dever ser observada (*bonus mores*). Não se trata da moral subjectiva ou pessoal do juiz, antes da moral objectiva, e precisamente da que corresponde ao sentido ético imperante na comunidade social. Não se trata ainda, portanto, da moral transcendente, religiosa ou filosófica, mas da moral positiva (*hoc sensu*)”⁴³¹.

Ou, noutra definição, “o conjunto de comportamentos tidos como honestos, correctos e de boa fé segundo as regras éticas e de boa conduta social, generalizadamente reconhecidas, em dado momento e em determinado contexto geográfico, cultural e ambiental, pela

⁴²⁷ Assim, Ferri, *Ordine Pubblico, Buon Costume...*, *op. cit.*, pp. 58-64.

⁴²⁸ Sobre a origem da expressão “bons costumes” e a sua relação com os *boni mores* romanos (cujo controlo era confiado ao censor) e os *gute Sitten*, *cr.* António Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé no Direito Civil*, 2ª reimpressão, Almedina, 2001, p. 1208 e ss.

⁴²⁹ Como apontam: Jorge Manuel Coutinho de Abreu, *Do Abuso de Direito, Ensaio de um Critério em Direito Civil e nas Deliberações Sociais*, Almedina, Coimbra, 1983, pp. 63-66; e Fernando Augusto Cunha de Sá, *Abuso do Direito, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal* (Centro de Estudos Fiscais da Direcção Geral das Contribuições e Impostos, Ministério das Finanças), Lisboa, 1973, pp. 188-209. Sobre as diversas concepções de bons costumes, v. também Espín Cánovas, *Los Limites...*, *op. cit.*, pp. 19-24 e *Las nociones...*, *op. cit.*, p. 791 e ss.

⁴³⁰ Já se chegou a sustentar que os bons costumes seriam os ditados pela moral cristã, face ao que dispunha o artigo 46º da anterior Constituição Política (que entendia ser a religião tradicional da Nação Portuguesa a religião católica apostólica romana) – v. Cunha de Sá, *Abuso do Direito...*, *op. cit.*, p. 190.

⁴³¹ Manuel A. Domingues de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica, Vol. II*, reimp., Almedina, Coimbra, 2003, p. 341.

sociedade portuguesa”⁴³². Violariam os bons costumes “as prestações que, a despeito de não serem punidas criminalmente ou feridas com outro tipo de sanções legais expressas, repugnaria à consciência ou à sensibilidade das pessoas de sã formação que desfrutassem da tutela da lei”⁴³³.

Ao que parece, o critério estará na consciência social dominante, circunstância que, por si só, mostra ser suficiente para confirmar a fluidez da noção dos bons costumes. Quando são tentadas algumas concretizações, fica quase sempre na sombra a natureza da dita consciência social dominante⁴³⁴ e, por outro lado, o que se consegue é apenas “sobrepôr ... abstractas qualificações tomadas de códigos semânticos diferentes (sobretudo dos códigos político e moral. As ‘etiquetas’ tendem assim a substituir os ‘argumentos’ e as proposições que as contêm ‘evocam mais do que demonstram’, procurando engendrar um ‘efeito mágico e hipnótico’ de adesão pelo uso de ‘significantes rituais’”⁴³⁵.

Sobre o conceito de bons costumes, VAZ SERRA⁴³⁶ - reconhecendo que se trata “de um critério maleável, susceptível de adaptação às diferentes sociedades e de evolução” - adianta que consiste na “moralidade pública que não se pode contrariar sem incorrer na desestima social” ou “o complexo dos princípios que correm sob o nome de moral social: isto é, aquilo que, em regra, é praticado pelas pessoas honestas, correctas, de boa fé, de sãos princípios, num determinado ambiente e num determinado momento: aquela que poderia chamar-se a moral corrente”. Haveria, em especial, violação dos bons costumes, nas seguintes situações:

- i. quando o negócio significa realização ou estímulo do proibido pelos bons costumes ou impedimento ao ordenado pela moral;
- ii. quando o negócio obriga a um acto ou omissão que deve ser livre;
- iii. quando o negócio, por implicar uma obrigação demasiadamente extensa, limite excessivamente a liberdade da pessoa⁴³⁷; não há, porém, infracção aos bons costumes em todos os casos em que a liberdade é limitada; a fim de apurar se uma

⁴³² Capelo de Sousa, *O Direito Geral...*, op. cit., p. 411, n. 1039.

⁴³³ Antunes Varela, *apud* Capelo de Sousa, *Direito Geral...*, op. cit., p. 411, n. 1039.

⁴³⁴ “Essencialmente produto ideológico da(s) classe(s) que domina(m)”, afirma Coutinho de Abreu, *Do Abuso de Direito*, op.cit., p. 64.

⁴³⁵ Coutinho de Abreu, *idem*, op.cit., pp. 64, 65.

⁴³⁶ Adriano Paes da Silva Vaz Serra, *Objecto da Obrigação, A Prestação – suas espécies, conteúdo e requisitos*, in Separata do Boletim do Ministério da Justiça, nº 74, Lisboa, 1958, pp. 164-195.

⁴³⁷ Exemplifica com a liberdade pessoal, v.g., proibição contratual de estabelecer domicílio, religiosa, de voto, de coligação, industrial, da ciência, etc.

limitação da liberdade é contrária ou não aos bons costumes deverá atender-se “por um lado, ao alcance e duração da limitação e, por outro lado, ao maior ou menor interesse legítimo que a outra parte (em cujo favor se dão os princípios de liberdade económica e de concorrência) tem nesta limitação”;

- iv. quando se faça depender de dinheiro ou de um valor pecuniário o que, pelos bons costumes, não deve tornar-se dependente deles;
- v. quando o negócio é usurário ou é daqueles em que, por outra forma, se explora outrem.

Há, pois, que ter em conta as limitações que o princípio dos bons costumes supõe, “interpretado de acordo com as ideias dominantes da sociedade”⁴³⁸. CUNHA GONÇALVES sugere que é na prudente combinação dos factores ideais com os factores sociais e históricos que se deve procurar o guia seguro nesta “melindrosa questão” e adianta que se deverão “observar os actos, gestos e pareceres dos elementos sãos da sociedade”⁴³⁹.

Não se pense, contudo que os bons costumes representam um “tipo de frequência”⁴⁴⁰, uma vez que mesmo que a ocorrência estatística esteja invertida, mantém-se intacta a noção de bons costumes. Por isso, o critério não pode ser o das práticas sociais (até porque o conceito em causa não é o de *costumes*, mas o de *bons costumes*)⁴⁴¹.

Importa ainda reter que, como explica OLIVEIRA ASCENSÃO, a “noção de bons costumes implica necessariamente uma referência ética”⁴⁴², sem que com isto se queira significar que os bons costumes acolham apenas os princípios da moral que têm consagração na ordem jurídica (a usura, por exemplo), pois que, a ser assim, a noção de ordem pública bastaria. Os bons costumes têm de ser entendidos extrassistematicamente,

⁴³⁸ Vaz Serra, *Objecto da Obrigação...*, *op.cit.*, p. 180., que considera contrária aos bons costumes uma obrigação que só possa cumprir-se “com risco de vida”, excepto se “a finalidade do contrato” for tão “elevada que justifique pôr em perigo a vida de um homem”.

⁴³⁹ Luiz da Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português, Volume IV*, Coimbra editora, Coimbra, 1931. pp. 347, 348.

⁴⁴⁰ Oliveira Ascensão, *Direito Civil, II...*, *op. cit.*, p. 334.

⁴⁴¹ No mesmo sentido, Vaz Serra, *Objecto da Obrigação...*, *op. cit.*, p. 166, 181, que cita Ennecerus-Lehmann, segundo os quais saber se há ou não violação dos bons costumes não se resolve através das doutrinas de um sistema filosófico, nem das opiniões de certas classes ou partidos, mas de acordo com a “consciência popular geral”; esta não há-de corresponder ao “parecer acrisolado do pensador ilustre, nem o modo de pensar e de actuar de homens de baixa condição moral, ainda que constitua o costume (ou, antes, o mau uso) de certas esferas”, pois “uma concepção relaxada em demasia não seria conforme à missão educadora do direito; as exigências demasiado severas prejudicariam a segurança do direito”.

⁴⁴² *Direito Civil, II, op.cit.*, p. 334.

como uma espécie de “válvula de segurança do sistema” que permite a recepção por este (que não é, por si, moral) de valorações morais que lhe são externas. Trata-se do “arejamento da ordem jurídica através dos ditames da ética”.

Neste contexto, os bons costumes corresponderão não tanto à “conduta que é, nem a conduta que deve ser, mas sim a conduta que a sociedade aceita predominantemente como devendo ser”⁴⁴³.

Não pode, contudo, deixar de se ter presente, também aqui, o contributo da dogmática penalista a propósito do conceito e função da cláusula dos bons costumes.

Tal como acontece com o § 226a do Código penal alemão (StGB) e o § 90 da lei austríaca (OStGB), também o Código Penal Português indica a cláusula dos bons costumes como pressuposto material e limite à eficácia do consentimento (artigo 149º do Código Penal). Por ser um conceito tão indeterminado, é um problema que se inscreve na questão da compatibilização das cláusulas gerais (*Generalklauseln*) com o Direito Penal e que assume mesmo a vertente da discussão da constitucionalidade de tão amplo e vago conceito, face ao princípio da legalidade, trave-mestra de toda a arquitectura incriminatória. Mas mesmo colocando de lado o problema da constitucionalidade, a doutrina parece relativamente consensual no que concerne a alguns aspectos relevantes, que agora se recordam.

Assim, entende-se que, “na tensão dialógica entre a legalidade e a determinabilidade do conceito”⁴⁴⁴, a cláusula dos bons costumes deve ser interpretada restritivamente a favor do arguido, no seguimento, aliás do que sustenta o BGH alemão⁴⁴⁵: “para ser compatível com as exigências do Estado de Direito, uma prescrição tão indeterminada tem de ser interpretada restritivamente a favor do arguido”. COSTA ANDRADE⁴⁴⁶ lembra que não se trata tanto de fazer depender a validade do consentimento dos bons costumes, mas o que tem que se provar é que o facto contraria os bons costumes, devendo superar-se a favor do arguido os casos de dúvida. Ademais, “o referente dos bons costumes é o facto – sc., a lesão da integridade física – e não o consentimento em si”.

⁴⁴³ Oliveira Ascensão, *Direito Civil, II, op.cit.*, p. 335.

⁴⁴⁴ Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues, *Consentimento Informado – Pedra Angular da Responsabilidade Criminal do Médico*, in *Direito da Medicina I*, Centro de Direito Biomédico (6) da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2002, pp. 5-51.

⁴⁴⁵ *Apud* Costa Andrade, em comentário ao artigo 149º do Código Penal – Comentário Conimbricense, Parte Especial, I, pp. 289, 290.

⁴⁴⁶ *Idem*, p. 290.

E pouco haveria a ganhar com o recurso a uma fórmula do BGH, segundo a qual “é contrário aos bons costumes o que, segundo o sentimento ético de todos os que pensam com equidade e justiça, constitui, acima de toda a dúvida razoável, um ilícito digno de pena”. Considerada “fórmula vazia”, já que a cláusula dos bons costumes visa proteger o bem jurídico (saúde, integridade física, etc.), mas não a moral ou quaisquer outros interesses públicos⁴⁴⁷. Por isso, deve depurar-se a cláusula dos bons costumes de quaisquer valores ou referências de índole ética ou religiosa, como, aliás, ensina ROXIN, segundo o qual “ao legislador falta em absoluto a legitimidade para punir condutas não lesivas de bens jurídicos, apenas em nome da sua imoralidade”⁴⁴⁸. Há que partir do postulado da “absoluta referência ao bem jurídico” e, nesse sentido, concluir que “a qualificação do facto como contrário aos bons costumes terá, por princípio, de decidir-se segundo o relevo da agressão típica ao bem jurídico (*nach dem Gewicht des tatbestandlichen Rechtsgutsangriffs*)”⁴⁴⁹.

Seriam, então, de repudiar quaisquer concepções de índole ética, quer na versão da tese subjectivista – a que se refere ao sentimento ético de todos os que pensam com equidade e justiça – , quer na perspectiva da tese objectivista, que se reporta a uma “ordenação moral-axiológica objectiva”⁴⁵⁰ (como sustentava a doutrina no contexto do Direito Penal da RDA, que apelava à “legalidade socialista” ou à “consciência jurídica dos trabalhadores”). Aliás, COSTA ANDRADE explica claramente ser sua convicção que, com a cláusula dos bons costumes (inserta no artigo 149º do Código Penal), o legislador português não pretendeu “fazer penetrar o direito positivo de uma qualquer ordenação axiológica transcendente, nomeadamente de índole moral”⁴⁵¹.

Excluídas, desta forma, da cláusula dos bons costumes quaisquer referências éticas, individuais ou colectivas e, nessa medida, quaisquer valores extra-sistémicos (*i.e.*, estranhos ao próprio ordenamento jurídico-penal), terá de ser no próprio interior do sistema que se hão-de encontrar os elementos interpretativos dos bons costumes. Isso pode conseguir-se pela via negativa, ou seja afastando a punição de lesões corporais (consentidas) em nome da sua imoralidade (por exemplo: a esterilização, tatuagens

⁴⁴⁷ *Ibidem*, p. 290.

⁴⁴⁸ Claus Roxin, Problemas fundamentais do Direito Penal, Vega/Universidade, 1986, p. 30, *apud* Gomes Rodrigues, *Consentimento Informado*..., *op. cit.*, pp. 20, 29.

⁴⁴⁹ Costa Andrade, *Consentimento e Acordo*..., *op. cit.*, p. 546, que cita Hirsch.

⁴⁵⁰ *Idem*, p. 541.

⁴⁵¹ *Idem*, p. 549.

representando objectos obscenos, ou pequenas lesões causadas pelo propósito de satisfazer instintos masoquistas) ou de lesões corporais (igualmente consentidas) só porque pré-ordenadas à prática de condutas ilícitas (caso do médico que faz uma operação cosmética para propiciar ao “ofendido” a fuga à perseguição penal). Mas pode também fazer-se por via positiva que, no que diz respeito às ofensas corporais, passa pela distinção entre ofensas ligeiras e graves, já que “feitas todas as contas, parece[...] ser o carácter grave e irreversível da lesão que deve servir para integrar, essencialmente, embora não só, a cláusula dos bons costumes”⁴⁵². As lesões ligeiras consentidas escaparão, em princípio, à censura dos bons costumes, e as lesões graves e irreversíveis serão, por via de regra, contrárias aos bons costumes (excepto nos casos em que “interesses de superior e inquestionável dignidade, reconhecida pela ordem jurídica”⁴⁵³ o justifiquem).

Esta maneira de conceber a cláusula dos bons costumes em Direito Penal, não deverá, porventura, ser pura e simplesmente transposta para o Direito Civil (e, mais concretamente, em sede de limitações voluntárias aos direitos de personalidade)⁴⁵⁴.

Na verdade, repugnaria despir por completo o conceito de bons costumes do seu conteúdo ético e da sua referência a uma moral aceite na sociedade. Por outro lado, fazer coincidir tal conceito pura e simplesmente com esta moral não está isento de perigos e pode mesmo colidir frontalmente com princípios incontornáveis nesta matéria, como sejam o da autonomia privada, o da dignidade da pessoa humana, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, a liberdade de consciência e de religião, entre outros⁴⁵⁵. Ora, é aqui que se pode, de algum modo, fazer sentir o contributo da dogmática penalista, quando apela ao postulado da referência ao bem jurídico.

⁴⁵² Figueiredo Dias, citado por Costa Andrade, em comentário ao artigo 149º do Código Penal – Comentário Conimbricense, Parte Especial, I, p. 291.

⁴⁵³ Costa Andrade, comentário ao artigo 149º do Código Penal – Comentário Conimbricense, Parte Especial, I, p. 292.

⁴⁵⁴ Aliás, alertando para a prudência a ter na transposição das posições da doutrina alemã (com claras repercussões na doutrina penalista portuguesa) para a ordem jurídica portuguesa, v. Oliveira Ascensão, *Direito Civil, II, op.cit.*, p. 336.

⁴⁵⁵ Cf. Daniela de Freitas Marques, *Tudo sofre a mesma prova: o novo Código Civil brasileiro e o sistema penal e processual penal*, in Revista da Faculdade de Direito da universidade de Minas Gerais, Belo Horizonte, nº 42 (Julho-Dezembro 2002), pp. 115-121, que, sobre o recurso à cláusula dos bons costumes no artigo 13 do novo Código Civil brasileiro diz: “E, na tabula rasa aos preceitos constitucionais e aos preceitos penais, as normas civis apelaram à vedação mais comezinha e moralizante, como na alusão feita aos «bons costumes»; e ainda: “A experiência penal, neste particular, demonstra a gravidade de se recorrer às expressões dependentes de valoração cultural, como, v.g., no caso do «direito penal sexual», no qual, frequentemente, era proibida a orientação sexual dos agentes ou, especificamente em vários tipos-de-ilícito do Código Penal brasileiro, nos quais protegiam-se somente as mulheres tidas como «honestas»”.

Ou seja: não sendo possível (nem desejável) defender – pelo menos no domínio do Direito Civil – um conceito de bons costumes totalmente asséptico, desligado da ética e da moral aceite na sociedade (factores que, inegavelmente, o conformam), não pode ainda assim tal conceito bastar-se com isso, porque deverá estar sempre ligado ao bem jurídico em causa, na forma como este é tutelado (e igualmente conformado) pelo princípio da autonomia privada, pelo princípio da dignidade da pessoa humana, pelo direito ao livre desenvolvimento da personalidade, pela liberdade de consciência e de religião. FERRI fala, a propósito, “di acquisizione, nell’ordine giuridico, di quei principi della morale (non, quindi, tutti o necessariamente tutti) che, meglio armonizzandosi con gli altri valori espressi dal sistema giuridico, rendano questo ultimo maggiormente organico”⁴⁵⁶.

Com efeito, esta remissão para a Moral levanta algumas dificuldades não facilmente transponíveis. Antes de mais, pela dificuldade de determinar o que se tem por Moral, não devendo esquecer-se que, por intuição imediata, percebe-se a existência de muitas regras morais completamente estranhas ao Direito. Estas dificuldades levaram ao aparecimento de entendimentos que remetem para a chamada Moral social, cuja existência parece demonstrável através da observação. Ainda assim, adverte MENEZES CORDEIRO, “qual possa ser a sua projecção exacta e quais as condições em que o Direito para ela remeta, constituem questões de Teoria do Direito, a abordar com instrumentação adequada. Fica, no entanto, a ideia de que uma chamada directa para a Moral social não resolve, só por si, a temática em curso, quando se pretenda a resolução de um caso concreto”. Mas admite que a moral social, “já trabalhada, compreende regras impeditivas de comportamentos que, por hábito tradicional ou por insipiência, não tem consagração expressa mas que, na sociedade, são consideradas em vigor”⁴⁵⁷.

É por isso que seria de rejeitar a ideia de que, na ordem jurídica portuguesa, os bons costumes deveriam ser aferidos em função da “moral cristã”. Além do mais, porque se as regras morais ditam comportamentos que, no plano ético intersubjectivo são normalmente conformes aos bons costumes, também nesse plano é possível encontrar critérios que não implicam a dimensão social pressuposta no conceito de *boni mores*. E ainda porque o que resulta dessas regras, no plano ético unisubjectivo⁴⁵⁸, também pode ser estranho aos bons costumes, sendo certo que nem tudo quanto nestes se inclui tem necessariamente que ver

⁴⁵⁶ *Ordine Pubblico, Buon Costume...*, op. cit., p. 262.

⁴⁵⁷ *Da boa fé...*, op. cit., pp. 1218, 1219, 1222.

⁴⁵⁸ Quer dizer, no plano dos deveres do homem para consigo mesmo.

com a moral vigente em determinado momento histórico-social. Ora, não parece defensável a ideia de que determinadas regras de decoro social devam considerar-se fora do conceito de bons costumes, de forma que a conduta que as viole, embora porventura não seja imoral, fique sem reacção jurídica prevista para a infracção destes⁴⁵⁹.

Por outro lado, tratar-se-ia de uma moral religiosa, cuja tradicionalidade na sociedade portuguesa, não pode impedir – como efectivamente não impede – que existam outras religiões (ou até outras leituras dessa moral) e que também os comandos morais destas últimas imponham comportamentos intersubjectivos que uma generalizada convicção social aceita (e até mesmo entende deverem ser acatados *qua tale*, independentemente de qualquer adesão aos princípios religiosos em que se fundam)⁴⁶⁰.

2. Actuação contrária às boas práticas

Dispõe o artigo 5º alínea a) da Lei nº25/2012 que são juridicamente inexistentes, não produzindo qualquer efeito, as diretivas antecipadas de vontade que "determinem uma atuação contrária às boas práticas".

O legislador só pode, naturalmente, estar a referir-se às *leges artis* da medicina, as boas práticas médicas.

Ora, assim sendo, não se vê como uma directiva antecipada de recusa de um determinado tratamento possa ser considerada inexistente e sem qualquer efeito, apenas porque contraria a decisão de tratamento que, de acordo com as boas práticas médicas, deveria ser tomada. Isso seria negar o próprio instituto das declarações prévias de vontade criado (no sentido de ter passado a constar do direito positivo português) pelo mesmo legislador e contrariar frontalmente todo o sistema ou ordenamento jurídico nacional. Tal afronta resulta da mero confronto com as inúmeras referências legais e doutrinárias constantes do presente estudo (*supra* e *infra*).

É, pois, lícito recorrer a "elementos extra-literais", nomeadamente ao elemento sistemático (aliás, previsto no artigo 9º do Código Civil), para interpretar a norma em causa, que só

⁴⁵⁹ Por exemplo, não maltratar certos animais – cf. Cunha de Sá, *Abuso do Direito*, *cit.*, p. 191.

⁴⁶⁰ Cunha de Sá, *Abuso do Direito...*, *op. cit.*, p. 192, n. 233; o autor lembra que “não é incontroverso o problema da existência ou inexistência de uma moral própria de cada religião.

pode ter o sentido seguinte: são inexistentes, não produzindo qualquer efeito, as diretivas antecipadas de vontade que consistam em instruções para realização de tratamento médico que contrarie as boas práticas médicas.

3. Morte não natural e evitável

Ainda a propósito de "limites" das diretivas antecipadas de vontade, o legislador português dispôs no sentido de que são igualmente juridicamente inexistentes, não produzindo qualquer efeito, as diretivas antecipadas de vontade "cujo cumprimento possa provocar deliberadamente a morte não natural e evitável, tal como prevista nos artigos 134º e 135º do Código Penal" (artigo 5º b) da Lei nº25/2012).

Referem-se tais preceitos do Código Penal, respectivamente, ao "homicídio a pedido da vítima" e ao "incitamento ou ajuda ao suicídio".

Este "limite" a que se refere a lei (nomeadamente a sua referência ao artigo 134º do Código Penal), transporta-nos para um mundo imenso de questões e problemas à volta da eutanásia, que justificariam, por si só, um tratamento próprio. Ainda assim, tecer-se-ão algumas breves considerações.

Já se procedeu *supra* à distinção dos conceitos de eutanásia em sentido estrito, distanásia, ortotanásia e incitamento/ajuda auxílio ao suicídio, que aqui se recordam brevemente.

Na eutanásia é habitual considerar a existência de três modalidades: a activa directa, quando se provoca a morte mediante drogas ou outros meios letais; a passiva, que consiste na eliminação dos meios que prolongam a vida; a activa indirecta também chamada ortotanásia), quando se administram calmantes com o principal objectivo de aliviar a dor, mas cujo efeito colateral é o de apressar a morte.

A distanásia consiste no prolongamento artificial do processo de morte, ainda que sabendo que, no estado actual da medicina, não é possível a cura do paciente ou sequer a melhoria do seu estado de saúde.

O incitamento ou auxílio do suicídio consiste, como o próprio nome indica, em 'incitar outra pessoa a suicidar-se ou prestar-lhe ajuda para esse fim' (artigo 135º do Código Penal).

Ora, a opção do legislador português foi a de considerar 'proibidas' (com a cominação de inexistência jurídica) as directivas antecipadas de vontade que possam enquadrar-se nos conceitos de eutanásia activa directa (a prevista no artigo 134º do Código Penal) e de incitamento/auxílio ao suicídio (previsto no artigo 135º do Código Penal).

Fora do âmbito de tal 'proibição/cominação' ficaram, portanto, as directivas antecipadas de vontade que se associem aos conceitos de eutanásia activa indirecta e eutanásia passiva.

Questão interligada com esta é a de saber se, nos casos de directivas antecipadas de vontade que suscitem o problema da eutanásia activa indirecta e da eutanásia passiva, o prestador de cuidados de saúde fica, ou não, isento do dever de garante.

TERESA BRITO⁴⁶¹, em posição doutrinária minoritária, defende que mesmo na eutanásia passiva não cessa o poder de garante do médico, alicerçando-se em dois fundamentos. Por um lado, porque aceitar que cesse o dever de garante significaria aceitar a disponibilidade do bem jurídico vida. Por outro lado, afirma que nem mesmo perante uma auto-lesão cessa a posição de garante do médico. Parecem-nos argumentos algo falaciosos. O primeiro, porque esquece que a vida é de facto disponível, em certos termos, pelo seu titular, como o demonstra a não criminalização do suicídio. O segundo, porquanto não se descortina como possa manter-se uma posição de garante perante quem não a deseja⁴⁶².

Com efeito, o preceito do Código Penal que exige o consentimento⁴⁶³ - i.e., o artigo 156º do Código Penal – não contém qualquer ressalva relativamente à possibilidade de exclusão do referido requisito. O recurso ao artigo 154º n.ºs 1 e 3 b) do CP⁴⁶⁴ também não sustenta tal conclusão. Na verdade, esta norma permite afastar a ilicitude da conduta do médico que actue (mesmo recorrendo à força) para salvar a vida de um suicida. Mas apenas permite isso, pois dela não se pode concluir que o médico tenha a obrigação de o fazer. Se o fizer não praticará nenhum crime. Tão só isso.

⁴⁶¹ Teresa Quintela de Brito *et al.*, *Crimes Contra a Vida: Questões Preliminares*, in *Direito Penal – Parte Especial: Lições, Estudos e Casos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p.58 e ss.

⁴⁶² Embora noutro contexto, mas reconhecendo que a “posição de garante” do médico “não implica um dever ilimitado”, v. *Inês Godinho, op.cit.*, p.87.

⁴⁶³ Informado, conforme dispõe o artigo 157º CP.

⁴⁶⁴ “1 - Quem, por meio de violência ou de ameaça com mal importante, constranger outra pessoa a uma acção ou omissão, ou a suportar uma actividade, é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa.

...

3 - O facto não é punível:

...

b) Se visar evitar suicídio ou a prática de facto ilícito típico”

Por outro lado, o citado preceito rege apenas para os suicidas⁴⁶⁵, não incluindo paciente que, no exercício de um direito, recusam um acto médico. De facto, a recusa de tratamento médico – mesmo quando de tal recusa possa vir a resultar a morte – não é suicídio, tratando-se antes da afirmação do direito à autodeterminação sobre matérias relativa ao corpo, à saúde e à vida.

Parece, pois, mais defensável entender que, quando o doente manifesta a vontade de não prosseguir o tratamento – o que pode ter feito previamente através da apropriada declaração antecipada de vontade -, se extingue o dever de garante. Pelo contrário, a continuação do tratamento contra a expressa vontade do doente, fará o médico incorrer no crime de intervenções médicas arbitrárias (artigo 156º do Código Penal)⁴⁶⁶.

Por isso, o respeito da vontade do paciente - nomeadamente em conformidade com uma declaração antecipada de vontade - que se traduza na recusa de tratamentos médicos, não pode ser considerado como eutanásia (nem sequer da denominada eutanásia passiva), uma vez não é o médico que provoca a morte, mas, ao invés, a própria doença ou a sua evolução

Ao passo que na eutanásia, o médico provoca a morte a pedido do doente, com o objectivo primordial de pôr fim, de eliminar todo o sofrimento de que este padece, no cumprimento de uma DAV não se visa provocar a morte, nem eliminar a dor, mas apenas se pretende respeitar a autonomia e o direito à autodeterminação do paciente⁴⁶⁷.

4. O princípio da dignidade da pessoa humana

4.1.Consagração

Como enfaticamente explica OLIVEIRA ASCENSÃO, “a dignidade da pessoa humana é o ponto de partida do ordenamento jurídico” e “imposição ontológica”⁴⁶⁸, como muito bem o exprime o artigo 1 da Constituição alemã, ao afirmar: “*Die Würde des Menschen ist unantastbar*”. A recente Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000/C

⁴⁶⁵ Que “devem estar previamente diagnosticados como tal”, defende Vera Lúcia Raposo, *No dia em que a morte chegar*, op.cit., p.81.

⁴⁶⁶ No mesmo sentido, Vera Lúcia Raposo, *Directivas Antecipadas de Vontade*, op. cit., pp.184, 185.

⁴⁶⁷ No entanto, entendendo que a legalização das declarações antecipadas de vontade em matéria de cuidados de saúde podem revelar, a par de outros motivos, uma ‘mentalidade claramente eutanásica’, v. Pau Agulles Simó, *Revisando el llamado “Testamento Vital”*, op. cit., p.180.

⁴⁶⁸ *Direito Civil, I, op. cit.*, p. 72.

364/01)⁴⁶⁹ diz no seu artigo 1º que “A dignidade do ser humano é inviolável. Deve ser respeitada e protegida”. A Constituição portuguesa, mais tímida (embora *anthropologisch freundlich*⁴⁷⁰), limita-se a dizer que “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana”^{471 472}.

A noção de dignidade da pessoa humana é, pois, “elemento de unidade valorativa do sistema constitucional”⁴⁷³, que confere sentido e unidade às disposições constitucionais, nomeadamente às relativas a direitos fundamentais. Afinal, o princípio da dignidade da pessoa humana gira em torno da 'pessoa', que, por sua vez, é a fonte essencial da juridicidade⁴⁷⁴

A Constituição portuguesa tem de ser entendida como um sistema assente em princípios estruturantes que, por sua vez, assentam em sub-princípios e regras constitucionais que os concretizam. Os princípios podem considerar-se verdadeiras normas jurídicas, no sentido de que, exactamente como as regras, estabelecem o que “deve-ser”, só delas se distinguindo porque são “normas jurídicas impositivas de uma optimização”⁴⁷⁵, ou seja, ordenam que se realize ou faça na medida do possível, dentro das possibilidades jurídicas ou fácticas, enquanto que as regras, pelo contrário, são normas que só podem ou não ser cumpridas.

⁴⁶⁹ Publicada no Jornal Oficial das Comunidades Europeias de 18.12.2000.

⁴⁷⁰ Cf. Luísa Neto, *O Direito fundamental à Disposição Sobre o Próprio Corpo*, *op.cit.*, p. 495.

⁴⁷¹ Referências à dignidade da pessoa humana aparecem ainda noutros locais da Constituição da República, como sejam os artigos 26º nº 2, 67º nº 3 alínea e). E os artigos 26º nº 3 e 206, referem-se ainda, respectivamente à “dignidade pessoal” e à “dignidade das pessoas”.

⁴⁷² A Constituição Francesa não proclama o princípio da dignidade humana, embora o Conselho Constitucional tenha proclamado em 1994 o princípio da salvaguarda da dignidade da pessoa, uma espécie de 'reconhecimento discreto', conforme esclarece Franck Moderne, *La dignité de la personne comme principe constitutionnel des les constitutions portugaise et française*, in *Perspectivas Constitucionais nos 20 Anos da Constituição de 1976*, Volume I (coord. Jorge Miranda, Coimbra Editora, 1996, pp. 209, 226, 227. Oliveira Ascensão, Pessoa, Direitos Fundamentais e Direitos da Personalidade, *op. cit.*, p. 147) critica a 'solução' francesa, dizendo: "Fala-se num 'direito fundamental à dignidade', mas não nos parece procedente. Um direito à dignidade em si apela para aspectos muito mais limitados, relacionados com a consideração social devida a cada pessoa, ficando muito longe da força axiológica do princípio do primado da dignidade da pessoa".

⁴⁷³ P. Mota Pinto, *O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade*, *op.cit.*, p. 151.

⁴⁷⁴ Cf. Ilva M. Hoyos, *De la Dignidad Humana como Excelencia del Ser Personal. el aporte de Javier Hervada*, *op.cit.*, p.79

⁴⁷⁵ Benedita Mac Crorie, *O recurso ao princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Tribunal Constitucional*, in *Estudos em Comemoração do 10º Aniversário da Licenciatura em Direito da Universidade do Minho*, Almedina, 2004, p. 153.

O princípio da dignidade da pessoa humana é um princípio estruturante do ordenamento jurídico português, “fundamento da ordem jurídica”⁴⁷⁶, pois é constitutivo⁴⁷⁷ ou indicativo de uma ideia directiva básica, a saber, a concepção que faz da pessoa fundamento e fim do ordenamento, na linha da tradição cultural do Ocidente (e que, aliás, marca o seu constitucionalismo democrático)⁴⁷⁸. Como princípio estruturante vai ganhando densidade através das suas concretizações. A sua fundamentalidade funda-se no facto de ser historicamente objectivado e progressivamente introduzido na consciência jurídica (para além, naturalmente, de ter encontrado recepção expressa no texto constitucional). E é um princípio ético-jurídico, pois radica numa “ideia jurídica material”, constituindo uma manifestação especial da ideia de Direito⁴⁷⁹.

A ideia de dignidade da pessoa humana coloca-se no cume da hierarquia dos valores humanos e sociais⁴⁸⁰.

4.2. Multifuncionalidade

Os princípios, enquanto normas constitucionais, são dotados de multifuncionalidade. No caso concreto do princípio da dignidade da pessoa humana, cabem-lhe funções diversas, a saber: função normogenética; critério de interpretação ou integração; fonte directamente aplicável.

Com efeito, algumas vezes desempenha uma função normogenética⁴⁸¹, na medida em que é fundamento de regras ou princípios consagrados no nosso ordenamento jurídico, constituindo a sua *ratio*, e, para além disso, possui uma vertente criadora, gerador de novas normas. Esta função assume particular relevo no âmbito dos direitos fundamentais, já que a

⁴⁷⁶ António Pedro Barbas Homem / Pedro Caridade de Freitas, *Ensaio Clínicos*, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles, IV volume, Novos Estudos de Direito Privado, Almedina, Coimbra, 2003, p. 353.

⁴⁷⁷ Gomes Canotilho afirma que se trata de uma “esfera constitutiva da República Portuguesa” – *Direito Constitucional, op.cit.*, p. 225.

⁴⁷⁸ Nesse sentido tem-se pronunciado o Tribunal Constitucional: *cfr.* Acórdão nº 16/84 (publicado no Diário da República, 2ª série, de 12 de Maio de 1984); Acórdão nº 43/86 (publicado no Diário da República, 2ª série, nº 111, de 15 de Maio de 1986).

⁴⁷⁹ Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, 3ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, pp. 487, 674.

⁴⁸⁰ Nesse sentido, Franck Moderne, *La dignité de la personne comme principe constitutionnel dans les constitutions portugaise et française, op.cit.*, pp. 197-230.

⁴⁸¹ Sobre a função normogenética dos princípios, v. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional, op. cit.*, pp. 1126, 1127; sobre o desempenho de tal função pelo princípio da dignidade da pessoa humana, v. Mac Crorie, *O recurso ao princípio da dignidade da pessoa humana, op.cit.*, pp. 154-163.

raiz ética destes reside exactamente na dignidade da pessoa humana. E ainda no exercício desta função normogenética, serve para atribuir a outros direitos, não expressamente consagrados no texto constitucional, a qualidade de direitos fundamentais. Esta função tem sido reconhecida pelo Tribunal Constitucional em relevantes arestos, como por exemplo o Acórdão nº 6/84 (publicado no Diário da República, II série, de 2 de Maio de 1984) ou o Acórdão nº 436/00, que relacionam os direitos de personalidade (mesmo os que não têm expressão directa no texto da Constituição) com o princípio da dignidade da pessoa humana, que lhe serve de fundamento ético⁴⁸². E o princípio da dignidade da pessoa humana tem sido especialmente invocado pelo Tribunal Constitucional para fundar o princípio da culpa em direito penal⁴⁸³, partindo, assim, de uma concepção do homem como ser livre e auto determinado e afirmando a incindibilidade existente entre dignidade e autonomia pessoal.

MAC CRORIE, comentando os citados arestos daquele Areópago, coloca a questão em termos que parecem elucidativos: “a nossa Constituição declara que Portugal é uma República soberana baseada na dignidade da pessoa humana, logo acolhe o princípio de que a todo e qualquer direito de personalidade ... deve caber o maior grau de protecção do ordenamento jurídico, ou seja, o que assiste aos direitos fundamentais, pois os direitos de personalidade são inerentes à própria pessoa, não podendo, por isso, ser postergados por qualquer modo, sob pena de se negar o papel da pessoa como figura central da sociedade”⁴⁸⁴.

Mas outras vezes, o princípio da dignidade da pessoa humana, enquanto princípio ético-jurídico, serve de critério de interpretação ou integração, desempenhando papel de especial relevância na interpretação e integração de preceitos normativos⁴⁸⁵, atribuindo significado coerente a normas de interpretação dúbia ou explicitando normas não completamente claras. Desta forma, é como se conferisse unidade de sentido ao sistema de direitos fundamentais, num papel de referência unificadora. Neste sentido, o Tribunal

⁴⁸² Em bom rigor, os referidos Acórdãos fazem referência a um direito geral de personalidade, de cuja existência se duvida; de qualquer modo, mantem-se a relevância da ligação ao princípio da dignidade da pessoa humana.

⁴⁸³ Cf., a título de exemplo, os seguintes acórdãos: Acórdão nº 426/91 (publicado no Diário da República, II série, de 2 de Abril de 1992), Acórdão nº 89/00, Acórdão nº 203/00, Acórdão nº 312/00, Acórdão nº 95/01, Acórdão nº 547/01 (estes últimos acórdãos estão disponíveis em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>).

⁴⁸⁴ *O recurso ao princípio da dignidade da pessoa humana, op.cit.*, p. 157.

⁴⁸⁵ Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito, op.cit.*, pp. 487 e 674.

Constitucional declarou no Acórdão nº 951/96 que “a nossa lei fundamental assenta na dignidade da pessoa humana ..., ideia que unifica todos os direitos fundamentais”. E no Acórdão nº 25/84⁴⁸⁶: “é também a interpretação que para nós melhor se harmoniza com o princípio jurídico fundamental regulativo da própria interpretação das normas constitucionais, designadamente das referentes aos direitos, liberdades e garantias, como são os chamados direitos de personalidade, a saber o princípio da dignidade da pessoa humana”.

Noutras ocasiões, o princípio da dignidade da pessoa humana é utilizado como fonte directamente aplicável, uma vez que “a norma da dignidade da pessoa humana é tratada em parte como regra e, em parte, como princípio”⁴⁸⁷. Ora, este carácter de regra evidencia-se nas situações em que, sendo a norma da dignidade da pessoa humana relevante, não se questiona se precede outras normas ou não, mas se é violada ou não. Assim, no Acórdão do Tribunal Constitucional, nº 105/90 afirma-se que “o princípio da dignidade da pessoa humana é também seguramente, só por si, padrão ou critério possível para a emissão de um juízo de constitucionalidade sobre normas jurídicas”.

4.3. Densificação do conceito⁴⁸⁸

Importa, antes de mais, referir que o conceito de dignidade da pessoa humana concretiza-se historicamente, assumindo um valor essencialmente cultural, como, aliás, reconheceu o Tribunal Constitucional no já citado Acórdão nº 105/90, ao afirmar que a ideia de dignidade “não é algo de puramente apriorístico e ou a-histórico, mas algo que justamente se vai fazendo (e que vai progredindo) na História, assumindo, assim, uma dimensão eminentemente cultural”.

A centralidade da dignidade da pessoa humana é um claro reflexo do antropocentrismo hebraico-cristão, uma vez que tal dignidade resulta, segundo o Antigo e o Novo

⁴⁸⁶ Publicado no Diário da República, II série, de 2 de Maio de 1984.

⁴⁸⁷ Mac Crorie, *O recurso ao princípio da dignidade da pessoa humana*, *op.cit.*, p. 155.

⁴⁸⁸ Em defesa da densificação da dignidade da pessoa humana como princípio, v. Luís Roberto Barroso, *Princípio da dignidade da pessoa humana: uma contribuição para a densificação do seu conteúdo*, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, Volume III, Direitos e Interconstitucionalidade: entre Dignidade e Cosmopolitismo, *Studia Iuridica* 104, Ad Honorem 6, pp.123-150.

Testamento⁴⁸⁹, do facto de o homem ter sido criado à imagem e semelhança de Deus⁴⁹⁰. Contudo, até ao Renascimento, impera a ideia que se baseia numa ordem cósmica, na qual cada ser humano tem um lugar pré-definido.

É com PICO DELLA MIRANDOLLA (na sua *Oratio de Hominis Dignitate*, escrevia que “nada via de mais admirável que o homem”⁴⁹¹) que o princípio antrópico que colhe a ideia pré-moderna da *dignitas-hominis*, do homem como multiplicidade de possibilidades, “conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projecto espiritual (*plastes et fctor*)”⁴⁹², constituindo a sua dignidade exactamente a possibilidade de escolha. Por isso, a partir do renascimento a dignidade do homem passa a estar no centro do humanismo individualista da filosofia iluminista. PUFENDORF acrescentou à noção de dignidade a ideia de igualdade de todos os homens e KANT conclui pela natureza insubstituível do homem, enquanto ser dotado de um valor intrínseco absoluto, não podendo o homem ser considerado um simples meio, mas sempre e apenas um fim⁴⁹³. Para KANT é a autonomia propiciada pelo seu intelecto moral-prático que se constitui como o “fundamento da dignidade da natureza humana”, como explica: “Ora o homem, considerado como pessoa, isto é, como sujeito de uma razão prático-moral, está acima de todo o preço, pois, enquanto tal (*homo noumenon*), não se pode valorar só como meio para fins alheios, e até para os seus próprios fins, mas como fim em si mesmo, isto é, possui uma dignidade (um valor interno absoluto), graças à qual força ao respeito para com ele todos os demais seres racionais do mundo”⁴⁹⁴

Ao reconhecer-se a importância do contexto cultural no conceito de dignidade da pessoa humana, importa assumir que tal contexto não é estático, mas está em constante mutação,

⁴⁸⁹ Ou, provavelmente com mais rigor: Escrituras Hebraico-Aramaicas (Antigo Testamento) e Escrituras Gregas-Cristãs (Novo Testamento).

⁴⁹⁰ Génesis, capítulo 1, versículo 27: “E criou Deus o homem à sua imagem: à imagem de Deus o criou; macho e fêmea os criou” (A Bíblia Sagrada, tradução de João Ferreira de Almeida, edição revista e corrigida, Lisboa, 1961).

⁴⁹¹ Giovanni Pico della Mirandola, Discurso sobre a Dignidade do Homem (*Oratio de Hominis Dignitate*), trad. Maria de Lurdes Sirgado Ganho, Edições 70, Lisboa, 1998, *apud* Brunello Stancioli, Sobre os Direitos da Personalidade, cit.

⁴⁹² Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, op.cit., p. 225.

⁴⁹³ Mac Crorie, *O recurso ao princípio da dignidade da pessoa humana*, op.cit., p. 166.

⁴⁹⁴ Immanuel Kant, *Metafísica dos Costumes, Parte II. Princípios Metafísicos da Doutrina da Virtude*, Ed.70, Lisboa, 2004, p.73

“até porque, cada vez mais, este conceito se desenvolve através de um intercâmbio com outras culturas”⁴⁹⁵.

Entretanto, há que reconhecer igualmente que, por não ser um conceito descritivo, o conceito de dignidade suscita, quanto à sua aplicação, controvérsias de valoração ética, particularmente no que concerne à questão de saber quais os limites da livre autodeterminação, matéria em que o princípio da dignidade se assume como veículo de decisão moral. Neste aspecto (o da autonomia individual) o conteúdo do princípio da dignidade será diferente consoante se adopte uma noção liberal-individualista ou uma noção paternalista, sendo certo que a solução para este conflito (entre as duas noções) pode, segundo alguns⁴⁹⁶, ancorar-se no direito ao livre desenvolvimento da personalidade, fundador, em caso de dúvida, de uma presunção a favor da liberdade de actuação.

O Tribunal Constitucional tem alternado entre as duas noções. O já citado Acórdão nº 105/90 considerou que o princípio da dignidade da pessoa humana é um “princípio aberto, sublinhando a necessidade de se reconhecer como legítimo um «pluralismo» mundividencial de concepções”. Mas no Acórdão nº 368/2002⁴⁹⁷ considerou que perante “uma especial fundamentação social” o legislador se encontra excepcionalmente autorizado, no que concerne a certos direitos fundamentais, estabelecer “restrições justificadas pela protecção legislativa dos indivíduos contra si próprios”, tratando-se, em regra, de proteger a integridade física ou o património da própria pessoa⁴⁹⁸. No que concerne a este último Acórdão, a questão é saber qual a legitimidade do Tribunal para determinar uma “imagem do homem da lei fundamental” que traduza as concepções ideológicas dominantes da sociedade quando (como era precisamente o caso em apreço) não estão em causa interesses públicos relevantes ou direitos fundamentais de terceiros. No limite, poderia tratar-se de uma espécie de “terrorismo do pensamento”?⁴⁹⁹

⁴⁹⁵ Mac Crie, *O recurso ao princípio da dignidade da pessoa humana*, op.cit., p. 167.

⁴⁹⁶ É o caso de Mac Crie, *O recurso ao princípio da dignidade da pessoa humana*, op.cit., p. 168 e ss.

⁴⁹⁷ Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>.

⁴⁹⁸ No citado Acórdão levantava-se a questão de saber se a obrigação do Estado proteger (através de legislação) a saúde dos trabalhadores, poderia incluir obrigá-los a exames médicos para defesa da própria saúde, mesmo quando não estão em causa interesses públicos relevantes ou direitos fundamentais de terceiros.

⁴⁹⁹ Ulfrid Neumann, *Die Tyrannei der Würde*, in *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, 1998, 2, p. 162, apud Mac Crie, *O recurso ao princípio da dignidade da pessoa humana*, op.cit., p. 170.

E o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem tem vindo a sufragar um entendimento proteccionista ("paternalista" no dizer de VERA LÚCIA RAPOSO⁵⁰⁰) do princípio da dignidade humana, identificando a dignidade com a manutenção ou imposição da vida, de forma alheia à autodeterminação pessoal. Pelas razões que se têm vindo a expor, discorda-se frontalmente de tal entendimento.

A propósito do conceito de dignidade a que se reporta o artigo 1º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia⁵⁰¹, GIORGIO RESTA lembra as duas principais concepções em presença⁵⁰²: a "subjectiva" e a "objectiva"⁵⁰³.

Na concepção subjectiva da dignidade, esta é construída como um atributo da liberdade, pelo que a pessoa pode invocar o respeito pela própria dignidade no confronto com todas as violações de terceiros, mas o princípio da dignidade não lhe pode ser oponível para circunscrever a sua esfera de liberdade. Nesta perspectiva, se uma pessoa é livre para definir o seu próprio "horizonte valorativo" ("*orizzonte valoriale*"), também deve ser livre para determinar o que é que causa, ou não causa, dano à sua dignidade. Mais do que isso, a dignidade da pessoa humana será o que cada um definir.

Pelo contrário, para o modelo objectivo, a liberdade é concebida como um dos atributos da dignidade, pelo que a invocação da dignidade humana é idónea para justificar a limitação da liberdade pessoal. Assim foi entendido numa decisão do *Bundesverwaltungsgericht* de 1981 a propósito do caso conhecido como *Peep-Shouw Fall*, em que o tribunal não deu relevância ao consentimento (enquanto expressão de autodeterminação pessoal), por entender que se impunha a obrigação do Estado fazer respeitar a dignidade "*auch gegenüber der Absicht des Betroffenen*". A dignidade foi claramente encarada como valor

⁵⁰⁰ Vera Lúcia Raposo, *Directivas Antecipadas de Vontade: em busca da lei perdida*, op.cit., p.207, 210, 211, onde a autora refere alguns dos Acórdãos do TEDH.

⁵⁰¹ E do seu Preâmbulo, onde também se faz referência ao valor universal da "dignidade do ser humano" e ao propósito de preservação e desenvolvimento desse valor (e de outros), "no respeito pela diversidade das culturas e das tradições dos povos da Europa".

⁵⁰² *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della carta dei Diritti)*, in *Rivista di Diritto Civile*, Anno XLVIII, N° 6, Novembre-Dicembre 2002, CEDAM, Padova, 2002, pp. 801-848.

⁵⁰³ O autor fala de dois modelos: um que apelida de "sostanziale ed oggettivo" e outro que denomina "procedurale e soggettivo" – *idem*, cit., p. 833.

objectivo não disponível – de que o juiz é evidentemente o único e autêntico intérprete – a cuja protecção a pessoa não pode validamente renunciar⁵⁰⁴.

O modelo subjectivo, insistindo sobretudo no aspecto de *Abwehrrecht* da dignidade e defendendo o seu conteúdo de forma subserviente ao valor da autonomia, é o que melhor garante contra os riscos da “tirania dos valores”, embora seja, por outro lado, o que mais se afasta duma concepção solidária e não individualista dos direitos. Neste modelo insere-se a construção sociológica de dignidade, de NIKLAS LUHMANN⁵⁰⁵, que interpreta o conceito constitucional dignidade da pessoa humana como “prestação”, ou seja, como o resultado da “auto-apresentação” (*Selbstdarstellung*) do ser humano concreto na sua identidade e individualidade. A concessão destas últimas ao ser humano excedem a esfera de capacidades do Direito, sendo que os direitos fundamentais mais não constituem do que as condições necessárias para a “ordenação pessoal do comportamento” e para a “bem sucedida apresentação como personalidade individual”, assim se reduzindo os riscos representados pela coacção do Estado. Estando esta presente, o comportamento não é determinado e ordenado em termos pessoais, pelo que a auto-apresentação individual será mal sucedida.

Do seu lado, o modelo objectivo prefixando um conjunto de interesses subtraídos à livre disponibilidade do respectivo titular, aumenta o nível de protecção, mas apresenta o risco ínsito na imposição de um *Menschenbild* heterodeterminado, com a consequente estigmatização da diferença e a indiferença perante os valores minoritários.

Pese embora a necessidade de reflectir sobre a forma de ultrapassar as fragilidades do modelo subjectivo⁵⁰⁶, a concepção objectiva não é aceitável, já que implica um excessivo

⁵⁰⁴ Para uma descrição pormenorizada do aresto citado, v. Giorgio Resta, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità*, op. cit., p. 831 e ss., onde também se pode encontrar referência a outra jurisprudência sobre a matéria, como por exemplo: o caso da decisão do VG Neustadt de 21 de Maio de 1992, do “Zwergenweitwurf” (lançamento do anão); ou o caso da transmissão televisiva Loft Story, em França, decidida pelo Conseil D’Etat.

⁵⁰⁵ Segue-se a exposição do modelo de Luhmann descrita por Nuno Manuel Pinto Oliveira, *O Direito Geral de Personalidade e a “Solução do Dissentimento”- Ensaio Sobre um Caso de “constitucionalização” do Direito Civil*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito Biomédico (5), Coimbra Editora, Coimbra, 2002, cit., pp. 105, 107, 108.

⁵⁰⁶ Basta atentar no justificado alerta de Leite de Campos, feita a propósito dos direitos de personalidade: “De instrumentos de defesa do ser humano contra a onipotência do soberano e contra a agressão dos outros, estão sendo transformados em expressão da onipotência do indivíduo, da sua soberania absoluta sobre o eu e os outros” – *Os Direitos de personalidade: Categoria em Reapreciação*, in Estudos sobre o Direito das Pessoas, cit., p. 151.

paternalismo do Estado, que aparece a garantir a segurança do cidadão (da pessoa) contra si próprio, “através da usurpação de parcelas de liberdade e autonomia individuais”⁵⁰⁷.

Com efeito, a liberdade, enquanto núcleo da dignidade da pessoa humana, só pode ser uma liberdade não impregnada de juízos de valor, onde o pluralismo – religioso, mundividencial ou político – constitui marco do mundo livre, no qual coexistem pessoas com diversas perspectivas, valores, mundividências, ontologias, opiniões e epistemas. Trata-se exactamente do contrário de *verdades* ou *fixismos* políticos, religiosos ou filosóficos, uma vez que “o conceito de dignidade se apresenta desvinculado de qualquer concepção mundividencial fechada e heterónoma acerca do sentido existencial e ético da vida, não podendo servir para a imposição constitucional de um qualquer absolutismo valorativo”⁵⁰⁸.

E julga-se que, para densificar o conceito de dignidade, não colhe a utilização da chamada “fórmula do objecto”, com origem na doutrina alemã, em GÜNTER DÜRIG⁵⁰⁹. Este considera que é possível delimitar um núcleo material mínimo de dignidade pessoal – “mínimo de conteúdo do direito”, na expressão de VIEIRA DE ANDRADE⁵¹⁰ - que deverá constituir garantia irredutível num Estado de Direito e que não depende de concepções pessoais de dignidade. Tal núcleo corresponderia às situações em que a pessoa seria reduzida à condição de objecto (“não-homem”⁵¹¹) ou de um simples meio.

Esta construção é, no mínimo, duvidosa. Antes de mais porque a “fórmula do objecto” é demasiado abstracta, sendo também, ela própria, uma fórmula vazia, onde poderá caber tudo e pressupõe necessariamente um juízo de valor moral. Por isso, se lhe pode opor, em crítica: alusões vagas à consideração dos indivíduos como fins em si mesmos ... apresentam-se particularmente débeis quando confrontadas com o respeito devido aos indivíduos e à pluralidade de razões que os mesmos podem invocar para a edificação do seu plano de vida”⁵¹².

⁵⁰⁷ Mac Crorie, *O recurso ao princípio da dignidade da pessoa humana*, op.cit., p. 169.

⁵⁰⁸ Gomes Canotilho / Jónatas Machado, Reality Shows e liberdade de programação, p. 45 e 46, apud Mac Crorie, *O recurso ao princípio da dignidade da pessoa humana*, op.cit., p. 171, n. 90.

⁵⁰⁹ Cf. Pinto Oliveira, *O Direito Geral de Personalidade*...., op. cit., pp. 105-107, que refere ser a “fórmula do objecto” inspirada na filosofia moral de Immanuel Kant.

⁵¹⁰ José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Almedina, Coimbra, 1987, cit., p. 294.

⁵¹¹ Vieira de Andrade, *ibidem*.

⁵¹² Gomes Canotilho / Jónatas Machado, *idem*, cit., p. 48, apud Mac Crorie, *idem*, cit., p. 172, n. 97.

Numa espécie de posição intermédia, situa-se o conceito “comunicacional” ou “relacional” de ADALBERT PODLECH⁵¹³ que veio defender que a garantia da dignidade se traduz em cinco componentes fundamentais, que são pressupostos da sua efectiva realização: i) o princípio da segurança da vida individual e social, ou, na terminologia de Podlech a “libertação da angústia da existência” (direito ao trabalho, mínimo existencial); ii) o princípio da igualdade substancial (ou jurídica); iii) o princípio da protecção da “identidade” e da “integridade” da pessoa humana, que proíbe o Estado de interferir nos processos de formação das convicções éticas, morais, religiosas e políticas através das quais se constrói o sentido da existência individual e social (garantia da autonomia individual e da autodeterminação; iv) o princípio do respeito pela contingência corporal da pessoa humana, que proíbe que seja tratada de forma a “que ela não possa representar a contingência do seu corpo como momento de uma própria, autónoma e responsável individualidade”; v) princípio da limitação do poder do Estado por intermédio do Direito, condição fundamental da aceitabilidade da ordem jurídico-política.

4.4. A dignidade da pessoa humana como axioma⁵¹⁴

Ouvem-se, por vezes, vozes críticas à crescente afirmação do princípio da dignidade da pessoa humana, que o apelidam de noção muito abstracta, geral e vazia, muito indeterminada, marcada por uma incerteza intrínseca, susceptível de se tornar libertícia, insusceptível de oferecer soluções práticas e prefiguradora de um ser humano abstracto, que não existe⁵¹⁵.

Mas, na sua origem, a dignidade humana dever ser vista como um imperativo superior de pender pré-jurídico, que exprime o valor intrínseco do ser humano, mesmo antes de se transformar em conceito jurídico. Ora, o ser humano é insusceptível de ser definido e

⁵¹³ Alternativkommentar zum Grundgesetz, p. 207 e s., *apud* Giorgio Resta, La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità, *cit.*, p. 824; v. ainda Pinto Oliveira, *O Direito Geral de Personalidade...*, *op. cit.*, pp. 108-110.

⁵¹⁴ Segue-se aqui de perto Mário Reis Marques, *A Dignidade Humana como Prius Axiomático*, in Manuel da Costa Andrade, Maria João Antunes, Susana Aires de Sousa, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Volume 4, Studia Iuridica 101, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 541-566.

⁵¹⁵ Sobre estas e outras críticas ao princípio da dignidade da pessoa humana, v. Mário Reis Marques, *op.cit.*, p.561; Francisco Fernández Segado, *La dignidade de la persona como valor supremo del ordenamento jurídico espanhol y como fuente de todos los derechos*, in Rivista de Scienze Giuridiche, Ano L, Maggio-Agosto 2003, p. 212.

demonstrado, pois, ao contrário da matéria inerte, o homem não é determinável a partir de uma essência eterna. O valor da pessoa humana é algo de indemonstrável e de inatigível.

A noção de axioma designa ou exprime uma hipótese auto-evidente, algo que não carece de demonstração, *i.e.*, algo que, por ser uma evidência social, toca a dimensão da *dignitas*, comporta uma verdade-garantia, uma verdade-função. É o caso da dignidade humana.

Quando se invoca a dignidade da pessoa humana, remete-se para uma noção que tem as suas raízes no reconhecimento do primado da pessoa sobre qualquer outro interesse. E, enquanto imperativo filosófico, o princípio da dignidade da pessoa humana – porque é uma noção aberta e relativamente indeterminada - carece de ser continuamente reafirmado e densificado. Este aspecto não é debilitante, mas, pelo contrário, confere ao princípio da dignidade uma efectiva dimensão operatória e um potencial dinâmico-actualista muito próximo de noções de conteúdo vaiável como ‘ordem pública’, ‘bons costumes’ ou ‘sociedade democrática’.

Por essa razão, é natural que diversas culturas e diferentes tradições possam valorar, igualmente com diversas intensidades normativas, este imperativo da dignidade. Aliás, como princípio dinâmico e de grande abrangência, o princípio da dignidade impõe-se como um “verdadeiro critério de ordenação global”, como um verdadeiro *prius* axiomático, “como um pressuposto indestrutível, indefinível e até indizível do sistema jurídico”⁵¹⁶.

O princípio da dignidade da pessoa humana “não é fórmula vazia”⁵¹⁷.

4.5. Dignidade e autonomia

O princípio da autonomia parece implicar o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que “o que faz moralmente relevantes as decisões de um indivíduo é que a sua materialização forma parte de um certo plano de vida cuja satisfação o primeiro princípio julga valiosa”. E o inverso (*i.e.*, o princípio da autonomia pressupõe o da dignidade) será igualmente verdadeiro “já que o valor da eleição do plano de vida por parte de indivíduos

⁵¹⁶ E também inviolável e indisponível – cf. Giorgio Resta, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della Carta dei Diritti)*, *op. cit.*, p.819.

⁵¹⁷ João Carlos Loureiro, *Bios, Tempo(s) e Mundo(s)...* *op.cit.*, p.512.

implica que há, pelo menos, um tipo de decisões que podem e devem ser atribuídas a esses indivíduos e que deve ser tomadas seriamente em conta quando se actua quanto a eles”⁵¹⁸.

Neste sentido, JORGE MIRANDA⁵¹⁹ defende que a dignidade da pessoa pressupõe a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao Estado, às demais entidades públicas e às outras pessoas e acrescenta que cada pessoa vive em relação comunitária, mas a dignidade que possui é dela mesma, e não da situação em si. E introduz uma distinção entre dignidade da pessoa humana e dignidade humana, significando que em todo o homem e mulher estão presentes todas as faculdades da Humanidade .

RUI NUNES e HELENA PEREIRA de MELO ousam - fundadamente - afirmar que a "principal emanção do conceito de dignidade humana é o princípio lapidar do respeito pelo outro, designadamente da sua autonomia individual"⁵²⁰.

Assim também MAC CRORIE, ao defender que quando o titular do direito consente na afectação negativa do seu direito, “não há, de facto, qualquer lesão da sua dignidade”, uma vez que se trata do exercício da sua autonomia. Ademais, “é duvidoso que se possa afigurar uma lesão da dignidade de uma pessoa quando esta não considera existir qualquer lesão”⁵²¹. Portanto, quando o próprio consente, deverá prevalecer a sua vontade, pois é “em primeira linha o indivíduo que deve determinar o que é ou não violador da sua dignidade”⁵²².

5. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade⁵²³

5.1. Consagração

A revisão constitucional de 1997 veio a consagrar no artigo 26º nº 1 da Constituição da República Portuguesa, entre “outros direitos pessoais” (fundamentalmente direitos que

⁵¹⁸ Cfr. Luísa Neto, *O direito fundamental á disposição sobre o próprio corpo*, op.cit., p. 498.

⁵¹⁹ Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, 3ª edição, 2000, pp. 183, 184, apud Luísa Neto, *O direito fundamental á disposição sobre o próprio corpo*, op.cit., p. 500.

⁵²⁰ Rui Nunes e Helena Pereira de Melo, *Testamento Vital*, op.cit., p.43.

⁵²¹ Benedita Mac Crorie, *Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, Almedina, Coimbra, 2013, p.245.

⁵²² *Ibidem*.

⁵²³ Seguiram-se de perto (embora de forma muito sintética) as ideias contidas no estudo de P. Mota Pinto, *O direito ao livre desenvolvimento da personalidade*, op.cit., pp. 149-246, com divergência, contudo (para além de outros aspectos de menor relevância) na extrapolação que o autor faz para a consagração de um direito geral de personalidade.

visam a tutela de aspectos da personalidade)⁵²⁴, um direito fundamental ao desenvolvimento da personalidade, formulado em termos algo próximos do “direito a livre desenvolvimento da personalidade” previsto no artigo 2, § 1 da Lei Fundamental alemã⁵²⁵. O reconhecimento de tal direito não foi totalmente inovador, na medida em que se trata de uma decorrência do próprio valor da dignidade da pessoa humana, desde logo inscrito no artigo 1º da Constituição⁵²⁶.

Na jurisprudência constitucional portuguesa, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade recebeu aplicação no Acórdão do Tribunal Constitucional nº 288/98, publicado no Diário da República (DR), I Série-A, nº 91, de 18 de Abril de 1998, onde se considerou tal direito como “englobando a autonomia individual e a autodeterminação e assegurando a cada um a liberdade de traçar o seu próprio plano de vida”.

O desenvolvimento da personalidade, protegido pelo respectivo direito, é “a designação geral encontrada tardiamente para a autonomia do indivíduo que é garantida para áreas de protecção específicas nos direitos de liberdade especiais”⁵²⁷ e constitui fundamento para um direito geral de liberdade, “o qual, com um cunho simultaneamente universal e individualista, e tal como os direitos fundamentais em geral, apenas se pôde impor a partir da Modernidade”⁵²⁸.

Com recurso aos trabalhos preparatórios da IV revisão constitucional, relativamente ao “direito ao desenvolvimento da personalidade”, pode dizer-se que se teve sobretudo em vista a tutela da individualidade e, nomeadamente, das suas diferenças e autonomia, o objectivo terá sido o de consagrar um direito de liberdade do indivíduo em relação a modelos de personalidade, i.e., tutelar “a diferença da individualidade de cada pessoa, segundo a sua própria decisão e autonomia – o «núcleo irredutível de individualidade»”⁵²⁹.

⁵²⁴ Direitos fundamentais que têm em comum o facto de terem como objecto aspectos da personalidade humana.

⁵²⁵ Onde se refere que “todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outrem e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral” (*Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit ernicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt*).

⁵²⁶ Assim, mesmo antes da revisão de 1997, o desenvolvimento da personalidade encontrava consagração em preceitos constitucionais, como os artigos 69º, 70º e 73º nº 2.

⁵²⁷ Horst Dreier, in *Grundgesetz-Kommentar*, (org. por Horst Dreier), Tübingen, 1996, *apud*, P. Mota Pinto, *O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade*, *op.cit.*, pp. 152, 153.

⁵²⁸ P. Mota Pinto, *O direito ao livre desenvolvimento da personalidade*, *op. cit.*, p. 153.

⁵²⁹ P. Mota Pinto, *idem*, *cit.*, p. 158.

Não pode, no entanto, reduzir-se o direito ao desenvolvimento da personalidade a esta dimensão individual do “direito à diferença”, desde logo porque a própria noção de “desenvolvimento da personalidade” impõe uma indispensável dimensão social. Com efeito, o desenvolvimento da personalidade de cada um ocorre em interacção e no contexto das relações com os outros.

5.2. Dimensões

O direito ao livre desenvolvimento da personalidade (que é uma decorrência do imperativo de respeito pela dignidade humana) não representa apenas a consagração de um direito subjectivo⁵³⁰, mas também, objectivamente, a consagração de um princípio interpretativo da relação entre o indivíduo (cidadão) e o Estado e de uma decisão valorativa fundamental. A doutrina germânica também reconhece a esse direito um conteúdo de direito objectivo, no sentido de fundar uma presunção a favor da liberdade, em situações de confronto com outros valores, como, a título de exemplo, a eficiência ou a segurança⁵³¹. Por isso, é comum, na doutrina alemã, encontrar expressões como “principal direito de liberdade”, “direito fundamental fundante” (*Muttergrundrecht*) ou “direito geral de liberdade”⁵³².

A própria noção de desenvolvimento da personalidade⁵³³ implica em si mesma uma componente de liberdade, pelo que o direito a que se reporta o artigo 26º nº 1 da Constituição da República Portuguesa é seguramente um “direito de liberdade” (*Freiheitsrecht*), ou seja, o direito ao *livre* desenvolvimento da personalidade. Assim, o facto de o citado preceito constitucional omitir o adjectivo livre, não impressionou o Tribunal Constitucional que, no referido Acórdão nº 288/98 utiliza expressões tais como: “o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, recentemente consagrado no artigo 26º da Lei Fundamental”. E à doutrina não parece estranha tal ideia. É o caso de GOMES

⁵³⁰ Está já superada, no direito alemão, a controvérsia sobre a natureza de direito subjectivo do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, sendo certo que se reconhece que se está em presença de um conceito indeterminado (situação que pode até mesmo ser considerada pressuposto da adaptação da Constituição à evolução das exigências que se possam ir colocando).

⁵³¹ Assim, H. Dreier, *Grundgesetz-Kommentar*, apud P. Mota Pinto, *O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade*, op.cit., p. 161.

⁵³² Para indicação de tal doutrina, cfr. P. Mota Pinto, *O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade*, op. cit., p. 162.

⁵³³ Bem como a concepção de personalidade.

CANOTILHO⁵³⁴ e de P. MOTA PINTO⁵³⁵, que igualmente utilizam a expressão “direito ao livre desenvolvimento da personalidade”.

O direito ao livre desenvolvimento da personalidade liga-se igualmente aos direitos de personalidade (como, aliás, decorre da própria fórmula, quer da inserção junto de outros direitos que igualmente protegem aspectos da personalidade).

Desta forma, pode reconhecer-se no direito ao livre desenvolvimento da personalidade, uma dupla dimensão (com uma raiz comum, que consiste precisamente na garantia das condições de surgimento de uma individualidade autónoma e livre):

- a) a tutela ou protecção geral da personalidade (enquanto substrato da individualidade da pessoa, nos seus múltiplos aspectos);
- b) a tutela da liberdade geral de acção (um direito geral de liberdade) da pessoa humana.

5.3. Desenvolvimento

Tutela da personalidade

A personalidade humana é para o Direito um *prius*⁵³⁶, sendo o seu reconhecimento não apenas uma exigência lógica⁵³⁷, mas um verdadeiro postulado axiológico, que impõe o reconhecimento e a tutela da personalidade de todos os seres humanos. Na verdade, é como se a pessoa humana formulasse ao Direito um conjunto de reivindicações ou exigências, entre as quais a essencialidade da personalidade humana, a sua inadiabilidade, indissolubilidade, inexpropriabilidade, indisponibilidade e ilimitabilidade⁵³⁸.

O conceito de personalidade relevante para o direito ao livre desenvolvimento da personalidade não consiste apenas na mera descrição da existência da personalidade da pessoa, uma vez que, para além da simples descrição estática de um ser humano, há que colher o potencial dinâmico, de auto-desenvolvimento, da sua personalidade (a pessoa em

⁵³⁴ *Direito Constitucional, op.cit.*, p. 390.

⁵³⁵ *O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade, op. cit.*, p. 160 e *passim*.

⁵³⁶ Orlando de Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil, Sumários, op.cit.*, p. 81.

⁵³⁷ Que se bastaria apenas com o reconhecimento da personalidade de alguns, de acordo com o conhecido brocardo “*hominum causa omne jus constitutum est*”.

⁵³⁸ Cf. Orlando de Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil, Sumários, op.cit.*, p. 80 e ss.

devir, em desenvolvimento). Por essa razão, o conceito de personalidade implica igualmente uma afirmação positiva sobre a individualidade do ser humano e a sua conformação livre e consciente – a pessoa como centro de decisão livre, como centro autónomo de decisão ou, na terminologia de ORLANDO DE CARVALHO, “raiz de um poder de autodeterminação”. Isto significa liberdade para o desenvolvimento da personalidade segundo o próprio projecto individual, situação e possibilidades, de forma independente e não vinculada a um determinado modelo de personalidade que estivesse conectado a certa mundividência, credo ou religião (que não resultem da escolha da própria pessoa).

Igual conotação positiva está associada à noção de *desenvolvimento* da personalidade, nomeadamente: a abertura estrutural da personalidade à sua conformação; a ideia de autodeterminação ou de auto-instituição da pessoa; e a consciência do contexto de desenvolvimento.

Uma vez que a noção de desenvolvimento da personalidade é aberta, e deve fazer-se segundo as “próprias concepções”⁵³⁹ de cada pessoa, está esta ao abrigo da imposição de “paradigmas de personalidade”⁵⁴⁰, prescritos por quaisquer concepções ideológicas, filosóficas ou estéticas, pelo que o Estado não pode impor uma espécie de personalidade modelo (seja em nome de uma alegada boa cidadania, de uma certa concepção de progresso ideológico ou de qualquer outro critério *standard*). Defende-se, assim, uma *concepção ampla*⁵⁴¹ de desenvolvimento da personalidade, onde se devem mesmo incluir tipos de actividade e aspectos que, segundo um padrão médio, se considere revestirem-se de diminuta importância para a formação e expressão da pessoa, desta forma se rejeitando a chamada “teoria do núcleo da personalidade” (*Persönlichkeitskerntheorie*) ou “teoria do conteúdo nuclear” (*Kernbereichtheorie*) – que aceita uma limitação do conteúdo do direito ao desenvolvimento da personalidade aos “níveis mais elevados do domínio nuclear da

⁵³⁹ Expressão utilizada no projecto de revisão constitucional nº I/VI, apresentado pelo Partido Socialista em 1994 (separata nº 24/VI do Diário da Assembleia da República de 7 de Novembro de 1994).

⁵⁴⁰ P. Mota Pinto, *O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade*, op.cit., p. 167.

⁵⁴¹ Ou seja, uma concepção alargada da hipótese da norma (Tatbestand) que prevê o desenvolvimento da personalidade. No sentido de tal concepção ampla pronunciou-se já em 1957 o Tribunal Constitucional Federal alemão, no seu leading case sobre o direito ao desenvolvimento da personalidade, a decisão “Elfes” – Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE), vol. 6, p. 32 e ss., apud P. Mota Pinto, *O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade*, op.cit., p. 152, n. 7 e p. 169.

personalidade”⁵⁴². Em bom rigor, as concepções restritas do direito ao desenvolvimento da personalidade, incluem variantes filosoficamente sobrecarregadas e variantes filosoficamente neutrais. A citada “teoria do conteúdo nuclear”, defendida por HANS PETERS, pertence às primeiras e funda-se na ideia de que, em ruptura com a Constituição de Weimar, a Lei Fundamental de Bonn assentaria sobre o conceito de “liberdade vinculada a valores” (*wertgebundene Freiheit*), um “conceito de liberdade de agir de um «modo autenticamente humano», para realizar os valores resultantes do desenvolvimento «histórico-espiritual» da ideia de personalidade”⁵⁴³.

As concepções amplas do direito ao desenvolvimento da personalidade distinguem sistematicamente o direito geral de liberdade ou princípio da liberdade geral de acção e o direito geral de personalidade. Nesta linha de orientação, MARTIN KOPPERNOCK⁵⁴⁴ procede à reconstrução do direito geral de personalidade como “direito de autodeterminação ético-existencial” que se poderia resumir nos seguintes termos:

- as formas de conduta que sejam motivadas por razões pragmáticas estão protegidas pelo direito geral de liberdade (liberdade geral de acção), extraído do artigo 2º nº 1 da Lei Fundamental de Bonn;
- as formas de conduta motivadas sobretudo por razões éticas (“razões ético-existenciais”) estão protegidas pelo direito geral de personalidade, extraído do artigo 2º nº 1, em ligação com o artigo 1º nº 1 da Lei Fundamental.

Uma decorrência que o citado autor retira da sua construção é a de que o legislador, quando estabelece leis restritivas da liberdade, tem o ónus de argumentar, *i.e.*, o ónus de enunciar razões relevantes e suficientes para justificar a restrição (razões que terão de ser fundadas em direitos de terceiros ou, em alternativa, em interesses colectivos). E ainda que o direito geral de personalidade, como direito ético-existencial “não pode ser restringido, no seu conteúdo de dignidade humana, por intermédio da auto-determinação ético-política da comunidade”⁵⁴⁵.

⁵⁴² Cf. P. Mota Pinto, *O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade*, *op.cit.*, pp. 168, 169, onde se podem encontrar referências doutrinárias a tal teoria.

⁵⁴³ Nuno Manuel Pinto Oliveira, *O Direito Geral de Personalidade e a “Solução do Dissentimento”...* *op.cit.*, p. 81.

⁵⁴⁴ Das Grundrecht auf bioethische Selbstbestimmung, *apud* Pinto Oliveira, *O Direito Geral de Personalidade*, *op.cit.*, p. 87 e ss.

⁵⁴⁵ *Idem*, *cit.*, p. 219, *apud* Pinto Oliveira, *O Direito Geral de Personalidade*, *op.cit.*, p. 94.

Como, de algum modo, já se deixou dito, a doutrina tem vindo crescentemente a salientar uma dimensão objectiva dos direitos fundamentais, reconhecendo-se que as normas que os consagram não se limitam a atribuir posições subjectivas aos respectivos titulares, mas também se configuram como normas de direito objectivo, que exprimem decisões valorativas. Este reconhecimento implica igualmente a aceitação do alargamento das funções classicamente atribuídas aos direitos fundamentais.

Como integradora desta dimensão objectiva dos direitos fundamentais encontra-se a sua “eficácia irradiante”⁵⁴⁶ (*Ausstrahlungswirkung*). Em harmonia com a ideia subjacente a tal “eficácia irradiante”, as normas de direitos fundamentais impõem-se em toda a ordem jurídica (e, portanto, também no direito privado), pelo que a jurisdição constitucional deve averiguar se a jurisdição cível apreciou correctamente o alcance e a eficácia dos direitos fundamentais nesse domínio. Pode, pois, falar-se de uma imposição de que a interpretação do direito ordinário seja conforme aos direitos fundamentais. Deste modo, a consagração do direito ao livre desenvolvimento da personalidade tem de ser vista como decisão valorativa fundamental, fundadora, em casos de dúvida, de uma presunção a favor da liberdade de actuação.

Ainda como manifestação da dimensão objectiva dos direitos fundamentais, tem-se reconhecido que tais direitos não constituem apenas direitos de defesa que impõem proibições (*Abwehrrechte*), mas importam igualmente uma função protectiva, de imperativo de tutela (*Schutzgebot*), nomeadamente impondo deveres de protecção às entidades públicas e ao Estado, em particular. Trata-se da chamada teoria dos deveres de protecção de direitos fundamentais (*grundrechtliche Schutzpflichten*)⁵⁴⁷, no âmbito da qual há que reconhecer para o direito ao livre desenvolvimento da personalidade a existência de uma importante função protectiva, sobretudo no que diz respeito à protecção da integridade da pessoa.

Tutela da liberdade geral de acção

⁵⁴⁶ José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, op.cit., p. 169. A dita “eficácia irradiante” das normas sobre direitos fundamentais também se prende com o problema do tipo e da forma de vinculação de entidades privadas (a *Drittwirkung*).

⁵⁴⁷ Sobre os referidos deveres, v. Vieira de Andrade, *idem*, cit., pp. 165-167, 287, 288.

Concebido o desenvolvimento da personalidade como auto-conformação da pessoa, segundo o seu projecto próprio, das virtualidades contidas na personalidade humana, torna-se óbvia a ligação com o direito à liberdade, protegido no artigo 27º nº 1 da Constituição da República Portuguesa.

Daqui se parte⁵⁴⁸ para a defesa da consagração e tutela constitucional de um “direito geral de liberdade” e não apenas das suas particulares manifestações. Estar-se-ia perante uma verdadeira “cláusula geral dos «direitos de liberdade»” que foi consagrada como “direito pessoal” (que preenche as eventuais lacunas deixadas em aberto pelos direitos especiais de liberdade), “englobando a autonomia individual e a autodeterminação e assegurando a cada um a liberdade de traçar o seu próprio plano de vida”⁵⁴⁹. Tal liberdade de acção é garantida independentemente de características qualitativas ou valorativas, *i.e.*, sem que tenha que reconhecer-se às actuações alguma especial ligação ao desenvolvimento da personalidade individual. Ademais, inclui uma componente negativa, ou seja, não só a possibilidade de adoptar certa forma de comportamento, mas igualmente a liberdade de não actuar.

Nesta linha de pensamento, ROBERT ALEXY⁵⁵⁰ defende a chamada “concepção formal material” do “direito geral de liberdade”. Formal na medida em que considera a liberdade geral de acção (liberdade formal ou liberdade negativa) como valor em si. Concepção material na medida em que, em situações de colisão ou conflito, estabelece o valor relativo da liberdade geral de acção no caso concreto com recurso a outros princípios, com maior densidade material (é o caso do princípio da dignidade da pessoa humana). Assim, concebendo a liberdade formal ou liberdade negativa como valor em si, extrai do texto do artigo 2º nº 1 da Lei Fundamental alemã, “o direito fundamental autónomo que protege a liberdade de acção humana – caracterizada como a «liberdade de fazer ou não fazer o que se quiser»”. Desta interpretação, retira ALEXY um direito *prima facie* (cada um tem o direito a que o Estado não impeça as suas acções e as suas omissões – norma de direitos fundamentais) e uma permissão *prima facie* (cada um tem a permissão de fazer ou não fazer o que quiser – norma permissiva). As expressões direito *prima facie* e permissão *prima facie* mostram que não está em causa o direito definitivo ou a permissão definitiva (de fazer ou não fazer o que se quiser), mas sim o direito ou “permissão de fazer ou não

⁵⁴⁸ É o que faz P. Mota Pinto, *O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade*, *op.cit.*, p. 200 e ss.

⁵⁴⁹ Acórdão do Tribunal Constitucional, nº 288/98, *cit.*

⁵⁵⁰ Theorie der Grundrechte, *apud* Pinto Oliveira, *O Direito Geral de Personalidade*, *op.cit.*, p. 84 e ss.

fazer o que se quiser na medida em que não sejam invocadas razões suficientes (direitos de terceiros e interesses colectivos) para a restrição da liberdade”⁵⁵¹.

Outra decorrência da função de complementação ou suplementar em caso de lacuna, é a de que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade pode ser visto como abrigando uma variedade de direitos de liberdade inominados (*Innominatfreiheitsrechte*).

No seio dos diversos aspectos tutelados pela liberdade geral de acção (enquanto dimensão do direito ao livre desenvolvimento da personalidade) ressalta a questão da tutela constitucional da autonomia privada (e, em especial, da liberdade contratual).

A autonomia privada constitui um princípio jurídico fundamental e inspirador do reconhecimento de diversas faculdades jurídicas primárias, nomeadamente da liberdade contratual. E funda-se inegavelmente na liberdade geral da pessoa, em particular no aspecto da liberdade jurídica⁵⁵². A vertente mais destacada da autonomia privada é seguramente a liberdade contratual, que se desdobra em liberdade de modelação (fixação ou estipulação) do conteúdo contratual (*Gestaltungsfreiheit*) – a única expressamente referida no artigo 405º do Código Civil – e em liberdade de celebração ou conclusão do contrato (*Abschlussfreiheit*).

Ora, a consagração do direito ao desenvolvimento da personalidade, permite concluir pela existência de uma tutela constitucional da autonomia privada e, em especial, da liberdade contratual. Dito de outra forma: “o desenvolvimento individual na relação entre particulares exige o reconhecimento do querido vinculativamente como juridicamente obrigatório e a disponibilização das formas jurídicas necessárias para a concretização dessa eficácia”⁵⁵³. Ou ainda: “o pensamento, fundado na liberdade geral de acção, de abrangente autonomia privada irradia igualmente para o comércio jurídico no direito civil e significa nessa medida auto-determinação na vida jurídica”⁵⁵⁴. E VIEIRA DE ANDRADE propõe que a Constituição “seja interpretada no sentido de consagrar o princípio da liberdade como regra das relações entre indivíduos iguais”⁵⁵⁵.

⁵⁵¹ Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 324, *apud* Pinto Oliveira, *O Direito Geral de Personalidade*, *op. cit.*, pp. 85, 86.

⁵⁵² “Que, no domínio privado, pode ser incluído dentro dos direitos de personalidade”, diz P. Mota Pinto, *O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade*, *op. cit.*, p. 214.

⁵⁵³ H. U. Erichsen, *Allgemeine Handlungsfreiheit*, *apud* P. Mota Pinto, *idem, cit.*, p. 214.

⁵⁵⁴ H. Dreier, *Grundgesetz-Kommentar*, *apud* P. Mota Pinto, *ibidem, cit.*, pp. 214, 215, n. 182.

⁵⁵⁵ *Os Direitos fundamentais*, *op. cit.*, p. 293.

Sobre o sentido dessa tutela normativa, P. MOTA PINTO⁵⁵⁶ defende que é “tutelada em termos de direito fundamental a «autodeterminação do indivíduo na vida jurídica», e a sua modelação pelo direito privado corresponderá às exigências constitucionais se reservar à autonomia privada um campo de actuação adequado e não previr limitações excessivas dos pressupostos ou das formas admitidas de conformação”.

6. Liberdade de consciência, religião e culto⁵⁵⁷

Esta é uma temática complexa e extensa, aqui apenas sumariamente abordada e com o único intuito de salientar a sua apetência para a compreensão da admissibilidade de limitações voluntárias de direitos de personalidade, exactamente quando tais limitações tiverem por fundamento a expressão da liberdade de consciência, religião e culto.

O direito à “liberdade de consciência, de religião e de culto” encontra expressão constitucional no artigo 41º da Constituição da República portuguesa (que estabelece a sua inviolabilidade), bem como no artigo 10º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (sob a epígrafe “Liberdade de pensamento, de consciência e de religião”) e a liberdade de religião está ainda tratada na Lei da Liberdade Religiosa⁵⁵⁸. Tal direito fundamental integra a esfera nuclear dos direitos pessoais e não pode ser sacrificado nem sequer em caso de estado de sítio ou de emergência (artigo 19º nº 6 da CRP).

O nascimento do Estado moderno, que sucedeu à ordem hierárquica e estática da Idade Média, provocou a desagregação da ética clássica medieval, a dissolução do universalismo religioso (*Res Publica Christiana*) e a interrogação sobre “a quem pertence, afinal, direito de decidir sobre o dogma e os cultos”⁵⁵⁹. GROTIUS e HOBBS atribuem-no ao Príncipe e LOCKE transforma a religião num assunto privado, considerando existir um direito de

⁵⁵⁶ *O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade, op. cit.*, p. 217.

⁵⁵⁷ Um excuro histórico – que aqui seria despropositado fazer – pode encontra-se em Cristina Queiroz, *Autonomia e direito fundamental à liberdade de consciência, religião e culto. Os limites da intervenção do poder público*, in *Estudos em Comemoração dos cinco anos (1995-2000) da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Coimbra Editora, 2001, pp. 292-298. Quanto à evolução histórica das questões relacionadas com a liberdade de consciência, v. Augusto Silva Dias, *A relevância jurídico-penal das decisões de consciência, op.cit.*, pp. 13-29.

⁵⁵⁸ Lei nº 16/2001 publicada no Diário da República, I série-A, nº 143, de 22 de Junho de 2001. Não ficam, naturalmente, por aqui as referências à liberdade de consciência, religião e culto.

⁵⁵⁹ Cristina Queiroz, *Autonomia e direito fundamental à liberdade de consciência, religião e culto. Os limites da intervenção do poder público*, in *Estudos em Comemoração dos 5 Anos (1995-2000) da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Coimbra Editora, 2001, p. 293.

cada um seguir a sua própria consciência, de ensinar e praticar o culto da sua escolha. Desta forma, para LOCKE, a liberdade de consciência é “*res privata*”, atributo do homem, pelo que ninguém pode alterar tal estado de coisas.

A liberdade de consciência, de religião e de culto compreende simultaneamente uma liberdade *interna* de consciência, religião e culto, mas igualmente uma liberdade *externa* de manifestar a sua própria consciência, de professar as suas próprias crenças (ou a ausência delas) e de as difundir. Assim, o direito fundamental à liberdade de consciência, religião e culto inclui tanto a opção *positiva*, como a *negativa*, *i.e.*, o direito de professar ou de não professar uma determinada crença ou religião. Por isso a liberdade de consciência, religião e culto compreende não apenas a liberdade de professar e praticar determinada religião, mas também a liberdade de viver de acordo com os respectivos princípios ordenadores fundamentais. No que em especial concerne ao direito ao livre exercício de uma religião ou crença é essencialmente um exercício livre de interferências externas, o que implica um direito à “livre existência”, “auto-organização”, “auto-regulação” e “auto-determinação” de formas concretas de liberdade religiosa, incluindo as correspondentes práticas de culto.

Neste sentido, CRISTINA QUEIROZ⁵⁶⁰ entende que a liberdade de consciência, religião e culto a que se reporta o artigo 41º da Constituição, inclui:

- a) a profissão de uma determinada religião ou crença (incluindo o direito a professar uma concepção a-religiosa);
- b) a liberdade de exercício dessa religião (*exercitium religionis*);
- c) a própria auto-determinação ou direito à existência de comunidades ou instituições religiosas;
- d) a liberdade de ensino de qualquer religião;
- e) o direito geral à objecção de consciência.

Conclui que “daqui decorre para o Estado a obrigação jurídica fundamental da observância de uma estrita neutralidade religiosa e mundividencial e o princípio da paridade entre as diferentes Igrejas e confissões religiosas” e ainda que “o conceito histórico de liberdade religiosa deve ser interpretado não em termos estritamente «literalistas» ou «textualistas» (favorecendo o «estabelecimento» de uma determinada Igreja ou Religião), mas

⁵⁶⁰ *Idem, cit.*, pp. 315-317.

fundamentalmente de forma ampla e compreensiva de modo a abarcar todas as confissões e instituições religiosas e não-religiosas”.

Quanto ao direito geral à objecção de consciência pode dizer-se que consiste, essencialmente, na recusa de obediência à lei por motivos morais ou religiosos, sem objectivos imediatos de alteração normativa ou mudança da ordem política estabelecida. Por isso, a objecção de consciência como direito constitucional surge na base de um “conflito de deveres”.

A liberdade de consciência e religião é sempre um “valor fundamental” numa “sociedade que aceita o pluralismo religioso” e só pode ser “concebida como a expressão da dignidade e da autonomia da pessoa”⁵⁶¹. Esta relação da liberdade de consciência e religião (ou, mais amplamente, “*libertad de ideas y creencias*”) com a dignidade da pessoa e a autonomia tem sido feita, por exemplo, pelo Tribunal Constitucional espanhol, a propósito do artigo 16.1 da Constituição Espanhola⁵⁶², afirmando que garante “un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual”⁵⁶³.

JOHN RAWLS⁵⁶⁴ reactualiza a afirmação da primazia originária das liberdades de consciência e de religião sobre o sistema dos direitos fundamentais (constitucionalizados pelas revoluções do século XVIII), ao salientar a ideia de que tais liberdades se encontram, primeiro, na origem da fundamentalização dos direitos e, só depois, da sua constitucionalização, apresentando-se, pois, tais liberdades como “o começo de todas as liberdades”.

Esta ideia da liberdade de consciência como base e razão de ser dos demais direitos fundamentais deve-se ao modo como se liga ao princípio da dignidade da pessoa humana, podendo afirmar-se que “quanto mais estritamente está um direito fundamental ligado à dignidade humana, maior é a sua importância”⁵⁶⁵. Acontece, porém, que nem sempre é

⁵⁶¹ Chaim Perelman, *Ética e Direito*, trad. Maria Ermantina Galvão, Martins Fontes, São Paulo, 1996, p. 315.

⁵⁶² Que reza: “Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”.

⁵⁶³ STC 177/1996 de 11 de Novembro, *apud* Pablo Garcia Manzano, *Libertad de Creencias y Dimensión Pública de las Convicciones Religiosas*, in *Persona y Derecho*, 45, 2001, pp. 176, 189, 190.

⁵⁶⁴ Political Liberalism, Nova Iorque, Columbia University Press, 1993, *apud* Cristina Queiroz, *Autonomia e direito fundamental à liberdade de consciência, religião e culto*, *op.cit.*, p. 332.

⁵⁶⁵ Von Burski, Die Zeugen Jehovas, die Gewissensfreiheit und das Strafrecht – Inaugural dissertation zur Erlangung der Doktorwürde der Rechts – und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs

igual grau de vinculação dos direitos fundamentais ao princípio da dignidade da pessoa humana, acontecendo que alguns o explicitam directamente (“constituindo um núcleo essencial representativo da dimensão existencial do homem”⁵⁶⁶) enquanto que outros são explicitações meramente indirectas. A liberdade de consciência faz inegavelmente parte do primeiro grupo.

Porque a dignidade da pessoa humana consiste sobretudo na sua qualidade de pessoa ética, enquanto ser que define livre e conscientemente as suas acções, a consciência desempenha papel fundamental como fonte de toda decisão moral. É por esta razão que a liberdade de consciência ocupa uma posição fulcral no contexto dos direitos fundamentais, “em torno do qual todos os outros se fecham em círculo”⁵⁶⁷.

Ora, sendo certo que a Constituição portuguesa valora positivamente a consciência, isso só pode significar que não pode deixar de garantir igualmente a liberdade de a pessoa se comportar em conformidade com os imperativos da sua consciência. Com efeito, não faria nenhum sentido garantir a inviolabilidade da liberdade interior de decidir em consciência e, simultaneamente, impedir ou restringir a liberdade de agir em conformidade com tal decisão. A liberdade de consciência – com o sentido que fica exposto – significa ainda que, dentro do âmbito de protecção que a própria Constituição lhe confere, o Estado não pode interferir no seu exercício⁵⁶⁸.

Isto pressupõe, no limite, a fundação de uma “comunidade constitucional inclusiva”⁵⁶⁹, na qual, em matéria de direitos, liberdades e garantias, a integridade de cada um deve ser protegida “como uma relação de vida identitária” e implica ainda uma nova formulação do conceito de cidadania – “um conceito que transcenda a etnicidade, religiosidade e particularidade”⁵⁷⁰. Entre o liberalismo individualista e o comunitarismo, pode encontrar-se uma espécie de via intermédia, em que a comunidade deve expressar a convicção de

Universität, Freiburg, 1\970, p. 80, *apud* Silva Dias, *A relevância jurídico-penal das decisões de consciência*, *op. cit.*, p. 67.

⁵⁶⁶ Silva Dias, *A relevância jurídico-penal das decisões de consciência*, *op.cit.*, p. 67

⁵⁶⁷ *Idem*, *cit.*, p. 68.

⁵⁶⁸ Uma liberdade sem limites conduziria ao caos e à anarquia.

⁵⁶⁹ Oliver Gerstenberg, *Bürgerrecht und deliberative Demokratie. Elemente einer pluralistischen Verfassungstheorie*, 1997, p. 93 e ss., *apud* Cristina Queiroz, *Autonomia e direito fundamental à liberdade de consciência, religião e culto*, *op.cit.*, p. 332.

⁵⁷⁰ Cristina Queiroz, *Autonomia e direito fundamental à liberdade de consciência, religião e culto*, *op.cit.*, p. 335.

uma “identidade cívica colectiva”⁵⁷¹, correspondente a uma comunidade universal inclusiva de pessoas livres e iguais em direitos.

Coloca-se, pois, a questão da protecção de um espaço de liberdade pessoal e, por outro, a alegada necessidade de auto-limitação por parte do Estado. A liberdade, no entanto, não consiste apenas na adesão a uma ordem prévia, mas compreende ainda a escolha de uma linha de conduta⁵⁷². E é exactamente uma concepção kantiana de pessoa, como sujeito moral, livre responsável e autónomo, que se encontra actualmente na génese das novas concepções subjectivistas dos direitos, sendo certo que tal subjectividade se define, essencialmente, através de dois elementos, a saber: a auto-reflexão (transparência de si) e a auto-fundação ou autonomia (a capacidade de se dar a si próprio a lei da sua conduta)⁵⁷³.

7. Diversidade e multiculturalismo⁵⁷⁴

A dignidade da pessoa humana “exprime a abertura da República à ideia de comunidade constitucional inclusiva pautada pelo multiculturalismo mundividencial, religioso ou filosófico”⁵⁷⁵.

Colocado nestes termos, o princípio da dignidade da pessoa humana (e o princípio do livre desenvolvimento da personalidade, dele decorrente) parece impor o respeito pela diversidade cultural, o reconhecimento de uma espécie de “direito à identidade cultural”⁵⁷⁶, ou, na terminologia de LERNER⁵⁷⁷, a “legitimidade da identidade e a sua preservação, ou seja o direito a ser diferente”. A questão, naturalmente, é a de saber até onde se poderá ir em matéria de limitação voluntária de direitos de personalidade. Ou, dito de outro modo, até que ponto o respeito pela diversidade cultural e pelo referido “direito à identidade

⁵⁷¹ Uma “*weltbürgerliche Gesellschaft*”, na terminologia de Kant.

⁵⁷² Assim, Perelman, *Ética e Direito*, op.cit., p. 261.

⁵⁷³ Sobre a matéria, v. Cristina Queiroz, *Autonomia e direito fundamental à liberdade de consciência, religião e culto*, op.cit., pp. 337, 338.

⁵⁷⁴ Não se pretende tomar posição sobre problemas que o tema pode suscitar, como sejam o da universalidade dos direitos humanos, e o da dicotomia universalismo-relativismo. Sobre estas questões, e outras conexas, v. Jesus Ballesteros, *Derechos? Humanos?*, in *Persona y Derecho*, 48, 2003, pp. 27-45; Pablo Figueroa, *Universales «versus» Absolutos, Una Crítica Filosófica al Relativismo Cultural*, in *Persona y Derecho*, 48, 2003, pp. 159-197.

⁵⁷⁵ Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, op. cit., p. 225.

⁵⁷⁶ Carlos I. Massini, *Multiculturalismo y Derechos Humanos, Las Propuestas Liberales y el Iusnaturalismo*, in *Persona y Derecho*, 48, 2003, p. 67.

⁵⁷⁷ Natan Lerner, *Protección Internacional de la Diversidad Cultural*, in *Persona y Derecho*, 48, 2003, pp. 143-158.

cultural” permite a referida limitação, sobretudo quando os comportamentos em que esta se traduz são claramente desviantes em relação aos normalmente aceites na sociedade em que ocorrem.

A problemática é obviamente complexa e não terá, porventura, uma resposta única, até porque pode suscitar ainda outras questões, como as que coloca MASSINI: “cuál es el fundamento racional de los derechos humanos en el ámbito multicultural?; es posible lograr una justificación racional, no solo de la existencia de estos derechos, sino también de sus contenidos, alcances y límites próprios? finalmente: se trata en estos casos de una fundamentación meramente intracultural, o bien ella debe trascender el marco de las culturas particulares y abrirse a una perspectiva de universalidad?”⁵⁷⁸.

As sociedades são cada vez mais, “sociedades de mundos múltiplos, marcadas pela diversidade e pela pluriformidade”, razão pela qual, face a tais multiculturalismos a ênfase é hoje colocada no diálogo intercultural, numa tentativa de passar da pluralidade de mundos à comunicação de mundos⁵⁷⁹.

As propostas de abordagem do multiculturalismo têm sido várias, das quais se destacarão o jusnaturalismo realista e a perspectiva liberal.

O jusnaturalismo realista, em especial nas suas versões mais recentes como a apresentada pela Nova Escola de Direito Natural⁵⁸⁰, defende, como afirmação central, a possibilidade de se obter conhecimento das dimensões básicas (ou centrais) da perfeição ou excelência humana, *i.e.*, os chamados “bens humanos básicos”, desta forma rejeitando o ceticismo ou o chamado “não-cognitivismo ético”⁵⁸¹. Assim, sustenta-se que é possível saber, ou seja, conhecer racionalmente, que o conhecimento é melhor que a ignorância, que a vida é melhor do que a morte, que a amizade é melhor do que ódio.

⁵⁷⁸ Massini, *Multiculturalismo y Derechos Humanos*, *op.cit.*, pp. 67, 68.

⁵⁷⁹ A ideia é de João Carlos Loureiro, *Bios, Tempo(s) e Mundo(s): algumas reflexões sobre valores, interesses e riscos no campo biomédico*, *op. cit.*, p. p. 503, que, no entanto, também chama a atenção para a necessidade de limites ao discurso intercultural, exemplificando com a mutilação genital feminina e a tentativa de recusar tratamentos indispensáveis para evitar a morte no caso de menores (pp. 504, 505)

⁵⁸⁰ Massini, *idem*, *cit.*, p. 68.

⁵⁸¹ M. Canto-Sperber, *La philosophie morale britannique*, Paris, PUF, 1994, p. 51 e ss., *apud* Massini, *Multiculturalismo y Derechos Humanos*, *op. cit.*, p. 68.

ROBERT P. GEORGE⁵⁸² apelida esta doutrina de “perfeccionismo pluralista”, uma vez que reconhece as múltiplas dimensões do bem humano e admite que o homem pode aproximar-se da sua perfeição própria através de apenas algumas das referidas dimensões básicas, de acordo com a sua decisão racional e desde que não actue directamente contra nenhum de tais bens fundamentais. Estes bens, na maior parte das suas dimensões relevantes, só são realizáveis no seio e com o concurso da vida social, *i.e.*, com a colaboração activa e passiva de outros seres humanos. Daí ser necessário o reconhecimento e formulação de toda uma ordem de normas, deveres e prerrogativas que estructurem essa colaboração. Tal ordem é o Direito e as faculdades que têm como objecto a realização dos bens humanos básicos são os direitos humanos. Por outro lado, estes bens básicos são os que se relacionam com as diversas dimensões do modo humano de existir, ou seja, com os diferentes aspectos da índole humana, com os elementos próprios da sua natureza essencial.

Outros três aspectos marcam ainda esta perspectiva jusnaturalista:

- a) o bem humano possui uma inescusável dimensão comunitária, ou seja, trata-se de um bem que, em aspectos decisivos, se constitui como um bem comum;
- b) o ser humano, o sujeito titular dos direitos humanos, reveste – por força das notas inerentes à sua natureza – o carácter de ‘*persona*’, *i.e.*, de um indivíduo que actua por si mesmo, é o mesmo na maior medida possível e pode abrir-se intencionalmente à realidade através do conhecimento e da vontade livre. O ser humano é o ente mais perfeito da realidade natural, exactamente porque contém a maior soma de perfeições e contém-nas em grau maior. Essa é a razão pela qual “no hablamos de valor en el hombre, sino de dignidad”⁵⁸³, sendo esta dignidade o fundamento originário e radical do homem ser titular de direitos humanos;
- c) a função recíproca das noções de natureza e cultura: toda a expressão ou manifestação da natureza humana reveste carácter cultural, como o necessário

⁵⁸² Making Men Moral. Civil Liberties and Public Morality, Oxford, Clarendon Press, 1995, p. 161, *apud* Massini, *Multiculturalismo y Derechos Humanos*, *op.cit.*, p. 69.

⁵⁸³ R. Spaemann, *Personas*. Acerca de la distinción entre “algo” e “alguien”, trad. J. L. del Barco, Pamplona, EUNSA, 2000, p. 181, *apud* Massini, *Multiculturalismo y Derechos Humanos*, *op.cit.*, p. 71.

particularismo e historicidade; e não existe expressão cultural que não tenha um fundamento natural⁵⁸⁴.

Em síntese, uma característica central da moderna teoria de direito natural é a crença numa natureza humana universal, pelo que o que fundamenta o direito de cada pessoa, de cada comunidade cultural ou de cada sociedade política, a prosseguir o próprio bem, é a pertença de todos – considerados isoladamente ou na sua inclusão em diversos grupos sociais – a uma natureza comum⁵⁸⁵.

E as dimensões de uma comunidade que tornam possível a prossecução da perfeição humana, não se limitam à economia ou à política, mas incluem as dimensões marcadamente espirituais do homem: a ética, as tradições, a língua, as crenças religiosas, as experiências estéticas, os usos sociais, a história partilhada. Estas dimensões constituem os elementos fundamentais para o desenvolvimento da personalidade humana, entendida de modo completo, projectada ao longo de toda a vida e integrando participativamente o bem comum do resto das pessoas que constituem a comunidade. Assim, o que justifica o respeito pelas diversas comunidades culturais é o seu carácter de veículos, marcos ou ambientes necessários para a promoção, prossecução e realização do bem humano, em especial o bem humano comum. Mas quando, pelo contrário, as tradições culturais de um grupo contêm aspectos claramente contrários a alguma das dimensões da excelência humana, não existe então direito ao seu respeito e à sua defesa⁵⁸⁶.

Numa perspectiva liberal, JOSEPH RAZ⁵⁸⁷ propõe uma defesa do multiculturalismo e do direito à identidade dos grupos culturais, com base na ideia da inevitabilidade do pluralismo cultural, segundo a qual todas as culturas, mesmo que sejam incompatíveis

⁵⁸⁴ Tomando como exemplo a actividade humana alimentícia, verifica-se que a mesma reveste-se de notável variação de modalidades através dos tempos e dos povos, mas, por outro lado, possui fundamento inegável na necessidade do ser humano se alimentar; ainda assim, as ditas modalidades culturais de alimentação possuem certos limites naturais que não podem violar, sob pena de consequências negativas para a saúde e a vida humana. Algo similar ocorreria com toda a dimensão ética e jurídica da existência humana.

⁵⁸⁵ Defender-se o contrário, levaria a situações inadmissíveis, tais como: o genocídio nazi, cujos perpetradores começaram exactamente por qualificar como “*untermenschen*” os judeus, os eslavos e todos os que pretendiam eliminar; os defensores do aborto, que centram a sua argumentação na negação da qualidade de pessoas aos nascituros.

⁵⁸⁶ Assim seria no caso de práticas existentes em certas culturas, tais como a morte dos primogénitos do sexo feminino, a excisão do órgão sexual feminino e o abandono à morte das crianças defeituosas e dos idosos. São exemplos fornecidos por Massini, *Multiculturalismo y Derechos Humanos*, op.cit., p. 71, que, curiosamente, neles não inclui a circuncisão masculina.

⁵⁸⁷ Multiculturalism: A Liberal Perspective, in *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford, Clarendon Press, 1996, apud Massini, *Multiculturalismo y Derechos Humanos*, op.cit., p. 76-79.

entre elas, possuem igual valor intrínseco e não existe um critério objectivo com o qual possam ser julgadas segundo cânones de superioridade ou inferioridade. Trata-se de uma argumentação liberal, uma vez que enfatiza o papel das culturas como pré condição e factor que dá forma e conteúdo à liberdade individual.

De qualquer modo, RAZ acaba por reconhecer que o pluralismo das culturas é relativo, já que todas elas terão de ser toleradas, defendidas e promovidas só na medida em que não sejam “opressivas”, *i.e.*, que restrinjam de modo não razoável o exercício da liberdade individual dos que as integram. Assim, o princípio do pluralismo cultural subordina-se, em última instância, ao princípio liberal da autonomia na escolha dos modos de vida ou dos projectos pessoais.

A esta perspectiva liberal costuma apontar-se que o princípio da autonomia – segundo o qual se elege como especialmente valiosa a liberdade de escolha dos planos de vida pessoais – choca contra uma evidência inegável: a de que “é possível eleger planos de vida insensatos, cursos de acção imorais e degradantes, que frustrem definitivamente a realização humana dos bens básicos e conduzam à desintegração pessoal e social”⁵⁸⁸.

Ainda nesta linha de pensamento crítico, a autonomia é apenas condição antropológica da moralidade, já que sem autonomia não é possível a moralidade. Mas a autonomia em si mesma, nem sempre é moralmente valiosa. Sê-lo-á apenas quando escolhe entre os bens humanos básicos, entre as diferentes possibilidades de realização da excelência humana, mas não quando escolhe um curso de acção directamente dirigido à frustração de um bem (seja este referenciado apenas ao sujeito ou igualmente a terceiros).

Mas a verdade é que o próprio RAZ acaba por recorrer a certos bens básicos e à natureza humana como justificação racional do seu multiculturalismo ético. Com efeito, depois de colocar o exercício da liberdade no centro da sua argumentação a favor do multiculturalismo, conclui afirmando que a pertença a um grupo cultural torna possível a prosperidade cultural e material, as relações interpessoais e a própria identidade e escreve mesmo que a opressão “frustra sistematicamente a habilidade das pessoas, ou dos grupos

⁵⁸⁸ Massini, *Multiculturalismo y Derechos Humanos*, *op.cit.*, p. 78.

de pessoas, para realizar ou dar expressão nessa sociedade a um aspecto importante da sua natureza”⁵⁸⁹.

Não repugna, pois admitir, que o que justifica o respeito pela identidade cultural será, não só a admissão do exercício da liberdade, mas igualmente a possibilidade concreta de realização de bens humanos.

Na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia⁵⁹⁰ pode encontrar-se uma perspectiva multicultural ou multiétnica⁵⁹¹, quer no seu preâmbulo (“respeito pela diversidade das culturas e das tradições dos povos da Europa”), quer em diversas disposições, como os artigos 22º (que repete o respeito pela “diversidade cultural, religiosa e linguística”) e 21º (não discriminação em razão “do sexo, raça, cor ou origem étnica ou social, características genéticas, língua, religião ou convicções, opiniões políticas ou outras, pertença a uma minoria nacional” ou ainda “nacionalidade”).

Neste contexto, o artigo 3º nº 1 da Carta (“Todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua integridade física e mental”) pode ser entendido⁵⁹² como consubstanciando uma plena valorização da liberdade de autodeterminação pessoal quanto à sua integridade física e mental, numa tripla perspectiva: direito a manter a integridade contra agressões de terceiros⁵⁹³; direito a realizar e manter essa integridade; liberdade de cada um se auto determinar com respeito à sua integridade. Desta forma se consagraria a possibilidade de respeito pela dignidade humana, pelo direito ao desenvolvimento da personalidade e o respeito dos comportamentos de cada um enquanto expressão da identidade de grupo (afirmação da união e coesão com o grupo étnico, religioso ou outro) e, nessa medida, da própria identidade pessoal.

Ainda assim, não pode nunca escamotear-se o facto de certos comportamentos – mesmo que enquadrados numa limitação voluntária de direitos de personalidade ou direitos fundamentais – poderem ser de tal forma desviantes em relação ao que é ética, cultural ou

⁵⁸⁹ *Multiculturalism: A Liberal Perspective*, op.cit., p. 184, apud Massini, *Multiculturalismo y Derechos Humanos*, op. cit., p. 79.

⁵⁹⁰ Publicada no Jornal Oficial das Comunidades Europeias de 18.12.2000 (2000/C 364/01).

⁵⁹¹ Na terminologia de Maria Carmela Venuti, *Integrità della persona e multiethnicità*, in Família, Rivista di diritto della famiglia e delle successioni in Europa, 3, luglio-Settembre 2003, Giuffrè Editore, 2003, p. 603 e *passim*.

⁵⁹² Assim, Carmela Venuti, *Integrità della persona e multiethnicità*, op.cit., p. 607 e *passim*.

⁵⁹³ A versão na língua inglesa parece igualmente clara quanto a este aspecto (“Everyone has the right to respect for his or her physical and mental integrity”), enquanto que as versões francesa e alemã optaram por um “droit à son intégrité physique et mentale” e um “Recht auf körperliche und geistige Unversehrtheit”.

socialmente admissível em certa comunidade ou sociedade, que se suscite a questão da sua legitimidade. Seria o exemplo clássico da mutilação genital feminina (excisão)⁵⁹⁴, se bem que para a questão poderá não ser indiferente saber se a mesma se pratica em alguém menor ou incapaz ou em pessoa maior, no pleno uso das suas faculdades e com o seu expresso e esclarecido consentimento.

8. O princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso⁵⁹⁵

MAC CRORIE⁵⁹⁶ explica que o princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso deriva dos conceitos de liberdade e de livre expressão e desenvolvimento da personalidade, por sua vez inscritos no valor da dignidade e autonomia da pessoa.

Serve, antes de mais, como limite à limitação do poder de disposição pela parte do Estado. E nele se distinguem quatro critérios, a saber:

- a) O princípio da idoneidade, aptidão ou adequação, que impõe que a medida adoptada para a realização do interesse público deve ser apropriada à prossecução do fim a ela subjacente;
- b) O princípio da necessidade, que assenta na ideia de que o cidadão tem direito à menor desvantagem possível;
- c) O princípio da proporcionalidade em sentido estrito, que impõe que a medida seja equilibrada no sentido de as desvantagens dela decorrentes não serem superiores aos benefícios que se pretendem alcançar;
- d) O princípio da razoabilidade: “uma restrição pode ser adequada ... quando, em abstracto ou em concreto, se tem em conta a gravidade do sacrifício imposto relacionada com a importância ou a importância de realização dos fins prosseguidos e, todavia, ela constituir, por si só, uma restrição inadmissível ou intolerável do

⁵⁹⁴ Ou a circuncisão. Sobre a excisão genital feminina, v. Carmela Venuti, *Integrità della persona e multiemittività*, op.cit., pp. 612-614.

⁵⁹⁵ Sugerindo que é mais feliz a designação ‘princípio da proibição do excesso’ do que ‘princípio da proporcionalidade’ (que considera um dos elementos constitutivos daquele), v. Jorge Reis Novais, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p.731.

⁵⁹⁶ Que aqui se segue de perto – cf. *Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais...*, op.cit., pp. 246-258.

ponto de vista de quem a sofre e por razões essencialmente atinentes à sua subjectividade”, diz JORGE NOVAIS⁵⁹⁷.

O princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso é aplicável na renúncia entre particulares, porquanto se tem verificado uma difusão do princípio no âmbito do direito privado, impulsionada pela doutrina⁵⁹⁸ e pela jurisprudência⁵⁹⁹.

Assim, cabe ao princípio da proporcionalidade uma função dupla no que diz respeito à determinação da autonomia da vontade. É através dele que se afere da validade das limitações que o legislador poderá querer traçar-lhe e, por outro lado, serve como instrumento (excepcional) de limitação do exercício da autonomia privada nas relações entre particulares.

9. A questão do direito à vida

Já se referiu *supra* que, atendendo às suas características (nomeadamente a sua apontada indisponibilidade) poderia pensar-se que pelo menos alguns direitos de personalidade (os que comporiam o ‘núcleo duro’ desta), estariam fora da esfera de autonomia do seu titular e, nessa medida, não admitiriam qualquer limitação, por ser o dano mais grave (e irreversível) que pode ser causado à pessoa.

O exemplo clássico, fornecido por quem sustenta esta postura, é o da (alegada) indisponibilidade do direito à vida⁶⁰⁰, que vem sendo considerado como um direito absoluto, no sentido de não admitir qualquer restrição.

É verdade que, apesar do ordenamento criminal ter deixado de punir o suicídio, ainda assim mantêm-se as sanções criminais para o homicídio a pedido da vítima (artigo 134º do CP) e para o auxílio ao suicídio (artigo 135 do CP), o que parece revelar preferência pela protecção do bem jurídico visa, em detrimento da liberdade pessoal.

⁵⁹⁷ Jorge Reis Novais, *op.cit.*, p.766., que explica que “diferentemente do que acontece com a verificação da proporcionalidade da restrição, o controlo de razoabilidade concentra-se na gravidade, qualitativa ou quantitativa, que a medida provoca na esfera do(s) afectado(s)” – *Idem*, p. 768.

⁵⁹⁸ André Figueiredo, *O princípio da proporcionalidade e a sua expansão para o direito privado*, in Estudos Comemorativos dos 10 Anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Almedina, Coimbra, 2008, p.31.

⁵⁹⁹ Acórdão nº 302/01 do Tribunal Constitucional, *apud* Benedita Mac Crorie, *Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais...*, *op.cit.*, p.253.

⁶⁰⁰ O “último dos moicanos”, para utilizar a expressão de Vera Lúcia Raposo, *Biodireitos...*, *op.cit.*, p.829.

Mas há igualmente o reverso da medalha que se tem vindo a revelar face às “recentes aquisições em termos de autodeterminação pessoal”⁶⁰¹.

É o caso do artigo 156º do Código Penal que criminaliza as intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários, *i.e.*, sem o consentimento do paciente. Aqui não se tutela nem a vida, nem a saúde do paciente, mas, ao invés, a autodeterminação pessoal, enquanto poder sobre o respectivo corpo e mesmo sobre a vida.

E é igualmente o caso com a admissão expressa pelo legislador das declarações antecipadas de vontade em matéria de cuidados de saúde, que eleva “acima do sacrossanto direito à vida um recém-adquirido direito de autodeterminação em matérias relacionadas com o corpo e a saúde”⁶⁰². Este direito está ínsito no direito ao livre desenvolvimento da personalidade, decorre do princípio da dignidade da pessoa humana e permite à pessoa definir o seu percurso de vida, bem como a sua essência como pessoa⁶⁰³.

Neste contexto, a asserção da Lei Fundamental segundo a qual a “vida humana é inviolável”⁶⁰⁴, só pode significar que a vida humana *digna*⁶⁰⁵ é inviolável. “Não há, nesse sentido, um direito à vida, mas um direito à vida digna, o que há-de abranger também o encerramento da vida quando tal resultado for mais consentâneo com a dignidade humana do paciente”⁶⁰⁶.

Ademais, como se tem feito notar⁶⁰⁷, não se afirma na Lei Fundamental que a vida é indisponível, mas que é inviolável. (no sentido de que não pode sofrer atentado alheio à vontade do seu titular)⁶⁰⁸.

O direito à vida consagrado na CRP apresenta uma dimensão negativa e uma dimensão positiva⁶⁰⁹.

⁶⁰¹ Benedita Mac Crorie, *Biodireitos...*, *op.cit.*, p.830.

⁶⁰² *Ibidem*.

⁶⁰³ “(E)nglobando a autonomia individual e a autodeterminação e assegurando a cada um a liberdade de traçar o seu próprio plano de vida” – Acórdão do Tribunal Constitucional, nº 288/98 de 17 de Abril, *apud* Benedita Mac Crorie, *Biodireitos...*, *op.cit.*, p.831.

⁶⁰⁴ Artigo 24º nº1 da CRP.

⁶⁰⁵ Isto é, vivida em condições compatíveis com a dignidade da pessoa humana.

⁶⁰⁶ Anderson Screiber, *Direitos da personalidade*, 1ª ed., São Paulo, Atlas, 2011, *apud* Paulo Bernardo Lindoso e Lima, *A efetivação do direito à dignidade no fim da vida: a necessidade de assegurar um novo direito*, in RIDB, Revista do Instituto do Direito Brasileiro, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Ano 3 (2014), nº6, Lisboa, 2014, pp. 4316, 4317.

⁶⁰⁷ Paulo Bernardo Lindoso e Lima, *op.cit.*, p.4318.

⁶⁰⁸ Defendendo, ao invés, a “intangibilidade absoluta da vida humana”, v. José González, *op. cit.*, p.51.

Na sua dimensão negativa implica o direito a não se ser morto (proibição do homicídio – cf. artigo 131º e seguintes do Código Penal) e ainda o direito à protecção e ao auxílio em caso de grave necessidade que ponha em perigo a vida (artigo 200º do Código Penal). O que significa que o bem jurídico vida humana é pois, em regra⁶¹⁰, indisponível para terceiros.

Numa dimensão positiva, o direito à vida traduz-se no direito à sobrevivência, *i.e.*, no direito de dispor das condições de subsistência mínimas.

Mas implicará um dever de viver? Não, não se deve confundir o direito à vida consagrado no artigo 24º da CRP com um dever de viver⁶¹¹, como o demonstra a disponibilidade do próprio sobre a sua vida (o suicídio não é um ilícito). PEDRO F. SILVA-RUIZ recorda que pode legitimamente defender-se que “*el derecho a la vida no tiene carácter absoluto sino relativo, lo que supone que no existe el deber de vivir y la persona puede ejercer su libertad y decidir acortar su vida*”⁶¹².

Se bem que o bem jurídico vida tenha um valor absoluto face a ataques de terceiros, “esse valor relativiza-se face a ataques do próprio titular ou quando está em jogo a liberdade de cada um tomar decisões que o envolvam e à sua própria vida”⁶¹³. Por isso, a livre e consciente oposição do titular do bem jurídico vida (e integridade física) em ser submetido a determinado tratamento, faz cessar o dever de garante do médico⁶¹⁴.

Portanto, o bem jurídico vida é disponível para o próprio titular. O suicídio consciente e livre situa-se num “espaço vazio de direito”⁶¹⁵, constatando-se uma “tolerância”⁶¹⁶ da ordem jurídica relativamente a ele. MANUELA VALADÃO E SILVEIRA afirma, um

⁶⁰⁹ Parecer Nº P/05/APB/06 da Associação Portuguesa de Bioética – relatores Helena Melo e Rui Nunes; (em linha), (consultado em 15.05.2016), disponível em http://www.apbioetica.org/fotos/gca/12802556471148471346directivas_medicas_parecer_05.pdf.

⁶¹⁰ Não é punível a lesão do bem jurídico vida em caso de legítima defesa ou de estado de necessidade desculpante – cf. artigo 32º e seguintes do Código Penal.

⁶¹¹ Inês Godinho, *op. cit.*, p.132, n.424.

⁶¹² Pedro F. Silva-Ruiz, *El derecho a morir com dignidade y el testamento vital*, in Boltetin de Informacion, Ano XLVI, 25 Octubre 1992, Nº1651, Madrid, p.5687.

⁶¹³ Maria Paula Ribeiro de Faria, *A «lei do sangue» - ou o conflito entre o respeito pela autonomia da pessoa e a defesa da vida e a integridade física*, in Direito e Justiça, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Volume XII, Tomo 1, 1998, p.262.

⁶¹⁴ E, consequentemente, qualquer eventual responsabilidade do médico em relação a um eventual desenlace fata.

⁶¹⁵ Parecer Nº P/05/APB/06 da Associação Portuguesa de Bioética, *op. cit.*, p.16.

⁶¹⁶ Não se traduz, pois, propriamente num direito.

tanto ousadamente (mas bem, no nosso entender) que ainda “ninguém demonstrou que o dever constitucional de protecção da vida se imponha ao próprio titular”⁶¹⁷.

Não parece, assim, legítimo concluir que os conflitos que se verifiquem entre, por um lado, os bens jurídicos vida e integridade pessoal e, por outro, liberdade e autonomia, se devam solucionar sempre a favor da vida⁶¹⁸.

Nesta linha de pensamento, INÊS GODINHO⁶¹⁹ defende a ideia – que igualmente sustentamos – de que a declaração antecipada de vontade em matéria de cuidados de saúde, mesmo quando contém uma recusa de tratamento que coloque em risco a integridade física ou a vida, não questiona a vida humana como bem jurídico, mas também não subscreve o entendimento de que a vida seja um bem absoluto.

Por isso, “o testamento biológico vem a configurar uma manifestação da dignidade da pessoa humana, enquanto autodeterminação, ao ter escolha e palavra a dizer sobre o seu corpo, a sua vida e, até, sobre a sua morte”^{620 621}.

⁶¹⁷ Maria Manuela F. Barata Valadão e Silveira, *Sobre o Crime de Incitamento ou Ajuda ao Suicídio*, 2ª ed. Ver., Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, p.63, *apud* Parecer N° P/05/APB/06 da Associação Portuguesa de Bioética, *op. cit.*, p.16.

⁶¹⁸ No mesmo sentido, v. Parecer N° P/05/APB/06 da Associação Portuguesa de Bioética, *op. cit.*, p.12.

⁶¹⁹ *Op. cit.*, pp. 132, 133.

⁶²⁰ *Idem*, p. 133.

⁶²¹ No mesmo sentido, v. ainda Helena Pereira de Melo, *o Direito a Morrer com Dignidade*, in *Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Centro de Direito Biomédico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, Ano 3, nº6, 2006, pp.69-80.

CAPÍTULO VII – CAPACIDADE PARA CONSENTIR E PARA DISSENTIR

1. Novo ramo da capacidade de exercício

1.1. Justificação

A problemática da capacidade para consentir tem sido recentemente estudada entre nós, mas sobretudo a propósito do consentimento informado para o acto médico⁶²².

Antes de mais, há que reter que a capacidade para consentir é conceito que tem vindo a ser autonomizado face à capacidade negocial de exercício^{623 624}. Com efeito, este último conceito está essencialmente pensado para os negócios jurídicos patrimoniais, o que dificulta a sua utilização em sede de direitos de personalidade (ou mesmo em direito da medicina, em direito da bioética ou no direito da vida⁶²⁵), domínio onde se revela pouco operativo. Efectivamente, “objectos do consentimento como a honra, a saúde e a vida são, no seu fundamento, de uma qualidade diferente, relativamente às declarações de vontade referentes a direitos patrimoniais. Estes bens jurídicos diferenciam-se devido à sua elevada natureza pessoal (*höchstpersönlicher Natur*) face aos puros bens de valor patrimonial. Eles dizem respeito à pessoa na sua individualidade”⁶²⁶.

Ora, a decisão sobre estes bens de natureza pessoal afecta os próprios direitos de personalidade, razão pela qual, no caso de eventual necessidade de representação legal, esta deverá orientar-se sobretudo pela autodeterminação do sujeito e não tanto pela heterodeterminação. Ademais, os institutos de representação dos incapazes (a interdição e a inabilitação), por serem demasiado rígidos, não são sensíveis às capacidades intelectuais, emotivas e volitivas daqueles.

⁶²² Cf., por exemplo, Dias Pereira, *O Consentimento Informado...*, op.cit., pp. 147-174; Vaz Rodrigues, *O Consentimento Informado...*, op.cit., pp. 197-222.

⁶²³ Com referências a doutrina e jurisprudência alemãs. cfr. Dias Pereira, *idem*, op.cit., pp. 147, 148, que a qualifica expressamente como novo ramo da capacidade de exercício; provavelmente tê-lo-á feito a pensar no consentimento informado para o acto médico; contudo, não se descortinam razões para que assim não seja no domínio mais geral de todos os actos em que estejam envolvidos direitos de personalidade.

⁶²⁴ Reconhecendo igualmente a necessidade de tal autonomização, v. Benedita Mac Crorie, *Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais...*, op. cit., p.136.

⁶²⁵ Esta última expressão é de Paulo Otero, *Direito da Vida, Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de ensino*, op.cit., pp. 27-33, onde procede à respectiva justificação terminológica.

⁶²⁶ Jens Kuhlmann, *Einwilligung in die Heilbehandlung alter Menschen*, peter Lang, 1994, p. 19, apud Dias Pereira, *O Consentimento Informado...*, op. cit., p. 148.

Aliás – face à inabilidade da abstracção pandectística para superar as exigências concretas de cada ramo de Direito - a ordem jurídica utiliza diversos conceitos de capacidade de acordo com a matéria a regular. Por isso, encontramos diversos conceitos de capacidade, que não se devem confundir com a capacidade para consentir (*Einwilligungsfähigkeit*), entendida esta como a capacidade para autorizar intervenções na integridade física e psíquica ou nos direitos de personalidade.

1.2. Distinção de figuras afins

Importa distinguir a capacidade para consentir de outras figuras afins. Assim, por exemplo:

- A capacidade negocial (de exercício): trata-se da capacidade para celebrar negócios jurídicos (por si próprio ou através de representante voluntário); pode considerar-se uma espécie de sub-tipo da capacidade de exercício de direitos em geral⁶²⁷.
- A capacidade delitual ou imputabilidade: consiste na “capacidade para a prática de actos ilícitos: ao imputável pode ser atribuídos os actos praticados, a título de dolo ou de culpa”⁶²⁸. Enquanto que no Direito Penal se atinge a imputabilidade aos 16 anos (artigo 19º do Código Penal), no Direito Civil, a imputabilidade é a capacidade de entender e querer (artigo 488º nº 1 do Código Civil). Neste domínio, o que está em causa é a capacidade de alguém ser responsabilizado pela lesão de bens jurídicos alheios, de compreender as proibições que tutelam interesses de terceiros, enquanto que na capacidade para consentir, trata-se de ser responsável pelos seus próprios bens jurídicos (para tal sendo necessária a compreensão do valor e alcance dos próprios interesses).
- A capacidade natural (*natürlichen Willen*) também não se confunde com a capacidade para consentir, uma vez que a aquela não exige que a decisão resulte de uma “capacidade de inteligência e de auto-governo (*Einsichts und Steuerungsfähigkeit*)”⁶²⁹. A capacidade natural assume relevância em diversas situações, como, por exemplo: artigos 27º nº 1 alíneas b) e c), 127º nº 1 alínea c), 263º, todos do Código Civil; artigo 69º do Código dos Direitos de Autor e dos Direitos Conexos; artigo 616º do Código de Processo Civil.

⁶²⁷ Cfr. Mota Pinto, *Teoria Geral...*, op. cit., p. 215.

⁶²⁸ Oliveira Ascensão, *Direito Civil, I...*, op. cit., p. 183.

⁶²⁹ Dias Pereira, *O Consentimento Informado...*, op. cit., p. 151.

Como explica OLIVEIRA ASCENSÃO⁶³⁰, são três os aspectos que caracterizam as incapacidades, a saber:

- fundam-se em diminuições naturais das faculdades das pessoas;
- são restrições tabeladas da capacidade, que atingem uma universalidade de aspectos⁶³¹;
- o seu regime legal visa proteger as pessoas incapazes.

1.3. Estrutura do conceito

A definição de um conceito de capacidade para consentir é instrumental. Na verdade, as consequências de alguém ser declarado incapaz para consentir traduzem-se em impedir que ela aceite sozinha uma ingerência nos seus bens jurídicos, coarctando a sua autodeterminação e sujeitando-a ao instituto da representação legal. Ora, a ordem jurídica só deverá negar tal capacidade quando entender que a pessoa, ao dispor por si própria de bens jurídicos, não o fará de forma racional.

Assim, o objecto do conceito de capacidade para consentir é a capacidade de tomar uma decisão racional (*vernünftiger Entscheidung*) sobre os riscos e sacrifícios dos seus próprios bens jurídicos, compreendendo, em abstracto, os seus critérios de decisão.

KNUT AMELUNG⁶³² estrutura o conceito de capacidade para consentir em quatro momentos (sendo certo que se faltar um destes elementos, a pessoa deveria ser considerada incapaz para consentir):

- A) a capacidade de decidir sobre valores (*Wertentscheidung*): é necessário possuir um sistema de valores (*Wertsystem*) para realizar uma ponderação de custos-benefícios, na qual estes superem os sacrifícios; pode questionar-se se o sistema de valores deverá ser objectivo (do legislador, do médico, etc.) ou subjectivo; a resposta terá de ser necessariamente a de que só se pode aceitar um sistema de valores

⁶³⁰ *Direito Civil, I, ..., op. cit.*, p. 173.

⁶³¹ Não atingem aspectos isolados, mas uma pluralidade de aspectos; por exemplo: o exercício de faculdades patrimoniais.

⁶³² *Die Einwilligungsfähigkeit in Deutschland*, pp. 28-33, *apud* Dias Pereira, *O Consentimento Informado..., op. cit.*, pp. 154-160.

subjectivo; com efeito, o consentimento é um instrumento de autodeterminação, pelo que a pessoa deve afirmar, no acto de consentir (ou dissentir) o seu projecto de vida e deve livremente desenvolver a sua personalidade, não estando para isso sujeito a qualquer sistema heterónimo; por isso, a primeira condição da capacidade para consentir é a capacidade do titular do direito, segundo o seu próprio sistema de valores, efectuar uma análise de custos-benefícios.

- B) a capacidade de compreender os factos: consentir também é tomar uma decisão relativa a factos (*Tatsachenentscheidung*), i.e., o consentente deve poder compreender os processos causais futuros, sendo capaz de fazer prognósticos.
- C) a capacidade para compreender as alternativas (*Konfliktentscheidung*): para além de ser uma decisão sobre valores e sobre factos, o consentimento é igualmente uma decisão sobre alternativas, pelo que se exige da pessoa a capacidade de fazer opções sobre alternativas⁶³³.
- D) a capacidade para se autodeterminar com base na informação obtida: a capacidade para consentir exige uma capacidade volitiva, uma capacidade de se autodeterminar com base na informação disponível; este elemento não estará presente sempre que, a par de um defeito psíquico (requisito biológico)⁶³⁴, este produza efeitos psicológicos, que “levem à distorção dos valores, que limitem a capacidade de entender os factos, consequências e alternativas ou que conduzam a uma incapacidade de se autodeterminar”⁶³⁵.

É, pois, perante a afirmação da natureza pessoal do consentimento e em função do seu objecto, que devem ser entendidos os pressupostos da capacidade para consentir. Ou seja, alguém só é incapaz para consentir quando também não seja capaz de discernir. Portanto, a pessoa é capaz de consentir quando tem capacidade de discernimento para se autodeterminar responsavelmente no que concerne a um determinado acto.

Não pode, portanto, pretender-se equiparar a capacidade negocial de agir com a capacidade para consentir, sob pena de não serem levadas em conta as especificidades e exigências de compreensão do que é o consentimento em matéria de cuidados de saúde. “Não estamos, pois, em matérias relativamente às quais seja determinante a capacidade de agir,

⁶³³ Este elemento da capacidade para consentir apresentará, porventura, a sua maior relevância no domínio do consentimento informado para actos médicos.

⁶³⁴ Este requisito é descrito com os conceitos de menoridade, debilidade psíquica e doença mental.

⁶³⁵ Dias Pereira, *O Consentimento Informado...*, op. cit., p. 159.

distintamente do que sucede no âmbito da conclusão dos negócios jurídicos”, afirma ROCHA RIBEIRO⁶³⁶.

A capacidade para consentir ou dissentir (em geral, em relação a direitos de personalidade e, em particular, em matéria de cuidados de saúde) não tem que coincidir necessariamente com a capacidade negocial⁶³⁷

Exige-se, obviamente, especial cautela na avaliação da capacidade para consentir, uma vez que a eventual ‘invalidade’ do consentimento pode expor o terceiro a quem se dirige (os médicos e outros prestadores de cuidados de saúde, no caso das declarações antecipadas de vontade) ao risco de prática de um tipo de ilícito, despoletador de responsabilidade civil.

Desta forma, é de aplicar o disposto no artigo 236º do Código Civil, cujo nº1 dispõe: “A *declaração negocial vale com o sentido que um declaratório normal, colocado na posição do real declaratório, possa deduzir do comportamento do declarante, salvo se este não puder razoavelmente contar com ele*”.

MENEZES CORDEIRO entende que o artigo 236º nº1 in fine do CC apenas pode ter utilidade com vista a resolver, por via interpretativa, o erro evidente ou a incapacidade accidental ou falta de consciência da declaração patentes⁶³⁸, afirmação que se compreende para os negócios jurídicos patrimoniais.

No entanto, perante a natureza pessoal do consentimento e respectivo objecto, a exclusão do tipo de ilícito da conduta do terceiro (destinatário do consentimento) só é possível mediante o processo comunicacional inter-subjectivo decorrente do próprio consentimento, não se podendo atribuir um sentido à declaração de consentimento que não seja imputável objectivamente ao declarante. Com efeito, ao contrário do que é a regra nos negócios jurídicos patrimoniais, o ónus quanto á perfeição da declaração de consentimento corre exactamente por conta do destinatário de tal consentimento e não por conta do titular do direito. Pode até afirmar-se que se trata de um verdadeiro dever - por estarmos perante consentimento quanto a determinados bens pessoalíssimos (como a vida ou a integridade

⁶³⁶ Geraldo Rocha Ribeiro, *A Protecção do Incapaz Adulto no Direito Português*, op.cit., p.185

⁶³⁷ Sustentando a mesma ideia, v. Benedita Mac Crorie, *Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais...*, op. cit., p.137.

⁶³⁸ *Tratado de Direito Civil Português, I*, op.cit., p.763.

pessoal) no âmbito do actos médicos – de assegurar a obtenção do consentimento livre, claro e esclarecido⁶³⁹.

2. Consequências – o caso particular dos menores

2.1. Considerações gerais

Defendendo-se a autonomização do conceito de capacidade para consentir, isso significa defender (quanto à capacidade de exercício de direitos e paralelamente às regras gerais do negócio jurídico (artigos 130º e 133º) a construção de um regime específico para a limitação voluntária de direitos de personalidade. Estamos, afinal, perante uma lacuna do ordenamento que deverá ser preenchida com recurso aos princípios gerais de Direito Civil, que nos indicam que a capacidade de entendimento e de juízo da pessoa é o pressuposto de comportamentos jurídicos.

E há consequências a tirar, quer quanto à definição da incapacidade, quer ainda relativamente ao respectivo modo de suprimimento. Com efeito, os institutos clássicos da representação e assistência estão essencialmente pensados para o domínio dos negócios patrimoniais.

2.2. Limitações à capacidade de exercício – o menor enquanto incapaz

Os menores são, em geral, incapazes para o exercício de direitos. A capacidade de exercício (ou capacidade de agir) consiste “na idoneidade para actuar juridicamente, exercendo direitos ou cumprindo deveres, adquirindo direitos ou assumindo obrigações, por acto próprio e exclusivo ou mediante um representante voluntário ou procurador, isto é, um representante escolhido pelo próprio representado”⁶⁴⁰. A capacidade de exercício é reconhecida pela ordem jurídica às pessoas que atingem a maioridade ou que sejam emancipados (artigos 129º, 130º, 132º. e 133º, todos do Código Civil).

Pelo contrário, não possuem capacidade de exercício as pessoas que “por falta de experiência mediana ... não possam determinar com normal esclarecimento ou liberdade

⁶³⁹ Guilherme de Oliveira, *Estrutura jurídica do acto médico, consentimento informado*, op.cit., p.68

⁶⁴⁰ Carlos Alberto da Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, op.cit., p. 193.

interior os seus interesses”⁶⁴¹, como é o caso dos menores. Considera-se menor, de acordo com a lei portuguesa “quem não tiver ainda completado dezoito anos” e não se tenha emancipado pelo casamento (artigos 122º. e 132º. do Código Civil). No fundo, a ideia que está por detrás da incapacidade de exercício dos menores é a de protege-la face à sua inaptidão para defesa dos próprios interesses (em virtude da sua vulnerabilidade intelectual e emocional).

O entendimento tradicional é o de que esta incapacidade de exercício é geral, *i.e.*, abrange todos os actos negociais de natureza pessoal ou patrimonial⁶⁴², tendo como principal efeito a anulabilidade de tais actos praticados pelo menor (artigo 125º. do Código Civil)⁶⁴³.

Só com estes dados chegar-se-ia, em princípio, à conclusão de que os menores não poderiam consentir ou recusar intervenções ou tratamentos médico-cirúrgicos, por não gozarem, para o efeito, da imprescindível capacidade de exercício.

2.3. Suprimento da capacidade de exercício do menor – as responsabilidades como fórmula paradigmática de suprimento

O poder paternal (*rectius*, as responsabilidades parentais) é admitidamente a fórmula paradigmática de suprimento da incapacidade de exercício dos menores, traduzindo-se “no complexo de poderes e deveres que a lei atribui ou impõe aos pais para regerem a pessoa e os bens dos filhos menores”⁶⁴⁴.

O artigo 1878º. nº 1 do Código Civil, explicitando o conteúdo das responsabilidades parentais, diz que “*Compete aos pais, no interesse dos filhos, velar pela segurança e saúde destes, prover aos seus sustento, dirigir a sua educação, representá-los, ainda que nascituros, e administrar os seus bens*”.

⁶⁴¹ *Idem*, p. 194.

⁶⁴² Esta regra de incapacidade geral de exercício tem excepções de que se dará conta *infra*.

⁶⁴³ Nesse sentido *cf.* Carlos Alberto da Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, *op.cit.*, pp. 222-224.

⁶⁴⁴ Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito da Família*, Vol. I, *Introdução Direito Matrimonial*, *op.cit.*.

É pacífica a doutrina que, quanto à natureza do poder paternal, o classifica como um conjunto de poderes deveres ou poderes funcionais cometidos a ambos os progenitores a fim de que estes realizem e promovam o interesse do filho⁶⁴⁵.

Do teor do referido artigo 1878º parece resultar que o conteúdo das responsabilidades parentais se apresenta em dois planos, sendo um relativo aos bens do filho (administração dos bens e representação – artigos 1888º a 1900º. do Código Civil) e outro relativo à pessoa do filho (segurança, saúde, sustento, educação – artigos. 1885º. a 1887º. do Código Civil).

Daqui decorre que é aos pais (detentores do poder paternal) que cabe, em primeiro lugar, zelar pela protecção da saúde do menor. Isto não pode querer dizer outra coisa que não seja a atribuição aos pais de um direito de decidir pelo filho no que disser respeito a cuidados de saúde. Dito de outra maneira, são em princípio os pais que, na qualidade de representantes legais do filho, têm o direito de autorizar ou recusar a intervenção ou tratamento sobre este.

Neste sentido, milita também o teor do nº. 2 do artigo 6º. da Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina, onde se lê : “Quando, de acordo com a lei, um menor não tem a capacidade para consentir numa intervenção, a intervenção apenas pode ser efectuada com a autorização do seu representante, de uma autoridade ou de uma pessoa ou entidade designada pela lei”. Em o nº. 3 da Base XIV da Lei de Bases da Saúde que afirma : “Relativamente a menores e incapazes, a lei deve prever as condições em que os seus representantes legais podem exercer os direitos que lhes cabem, designadamente, o de recusarem a assistência, com observância dos princípios constitucionais definidos”.

Entendimento, aliás, que se subscreve nos termos colocados por ARMANDO LEANDRO: “independentemente, porém da sua qualificação jurídica rigorosa, parece dever-se concluir que o Estado e terceiros têm, em princípio, um dever geral de abstenção relativamente a esse poder; assim se respeita um dos aspectos mais relevantes da intimidade da vida familiar”⁶⁴⁶.

Importa, contudo, recordar um aspecto que a doutrina tem feito notar relativamente às decisões dos pais relativamente aos filhos em matéria de saúde. Tais decisões não se

⁶⁴⁵ Carlos Alberto da Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil, op.cit.*, pp. 170, 171 e 225.

⁶⁴⁶ *Temas de Direito da Família*, Livraria Almedina, Coimbra, 1986, p. 121.

reconduzem à ideia de um verdadeiro e próprio consentimento, uma vez que este é, por definição, um acto pessoal que se traduz na expressão de vontade da pessoa a cujo corpo respeita a intervenção ou tratamento médico. Daqui extraem-se diversas ilações, sendo que a primeira a de que a liberdade pessoal em que assenta o consentimento “não se comunica ao representante legal”⁶⁴⁷. A ser assim, a decisão tomada pelos pais ao abrigo do exercício das responsabilidades parentais traduz-se não num consentimento, mas sim numa autorização dos pais para a prática de determinadas intervenções ou tratamentos médicos sobre o filho. Sustentando esta posição, NATHALIE GIRARD afirma que é “impossível para o titular do poder paternal ou mesmo para um tribunal dar um consentimento em nome da criança; Neste caso deve antes falar-se de uma autorização” e ainda que “o titular do poder paternal...dá uma autorização para cuidados de saúde e não um consentimento”⁶⁴⁸.

Ou seja, a faculdade que os pais têm de decidir sobre o menor não se funde no direito à autodeterminação dos pais (que, no caso, não serão os pacientes), mas antes no exercício do poder dever de zelar pela sua saúde.

A doutrina costuma apontar excepções ou limites para o exercício, pelos pais, do poder de consentir ou recusar tratamento médico relativamente aos filhos.

Tais apontadas excepções são normalmente três, a saber:

- i. As que resultam da acção do Estado no cumprimento de políticas de saúde pública: é, por exemplo, o caso das intervenções médicas, ditadas por razões de saúde pública, que se traduzem na vacinação e sujeição a certos exames para se determinar certas doenças
- ii. As que resultam de circunstâncias em que a autorização dos pais não é possível de obter: são situações em que o médico não consegue atempadamente solicitar e obter a autorização dos pais e existe uma situação de urgência relativamente à integridade física ou vida do menor; porque a noção de urgência pode limitar a autorização dos pais, “deve ser interpretada restritivamente”⁶⁴⁹.

⁶⁴⁷ Costa Andrade, Anotação ao artigo 156º .Comentário Conimbricense, *cit.* p.383.

⁶⁴⁸ *Le consentement du mineur aux soins médicaux*, Lés éditions Yvon Blais, Inc., Cowansville, 1993, pp. 48, 49.

⁶⁴⁹ Rosa Cândido Martins, *A criança, o adolescente e o acto médico, o problema do consentimento*, *op.cit.*, p. 815.

- iii. As que resultam da idade e da capacidade de discernimento do menor as situações que aqui se podem conceber respeitam ao que tem sido designado como um novo ramo da capacidade de exercício e de que se passa agora a dar conta.

2.4. A crescente autonomia do menor: as ‘maioridades especiais’⁶⁵⁰

Mas para seguir este rumo, impõe-se lidar habilmente com o artigo 123º do Código Civil (e, por remissão, com o artigo 139º), não deixando que o elemento literal intimide. É verdade que o artigo 123º estabelece, como regra, para os menores, a incapacidade geral para o exercício de direitos ou uma incapacidade de agir, a abranger (atendendo ao elemento literal) direitos patrimoniais e pessoais.

Contudo, a própria norma admite excepções⁶⁵¹ e estas serão, afinal, a regra no domínio dos actos pessoais.

Na verdade, domínio dos actos pessoais, existem diversos casos de maioridade antecipada⁶⁵², como sejam:

- a capacidade para administração e disposição dos bens adquiridos pelo trabalho desempenhado pelo jovem com mais de dezasseis anos de idade, bem como os negócios autorizados e os praticados em relação ou no exercício da profissão, arte ou ofício e ainda dos negócios de pequena monta da vida corrente do menor (artigo 127º do Código Civil);
- a emancipação do menor que, entre os dezasseis anos e os dezoito anos, venha a contrair casamento com autorização dos pais, eventualmente suprida pelo Conservador do Registo Civil (artigos 132º, 1601º/a, 1604º/a e 1606º/3, todos do CC, estes *a contrario sensu*);
- o dever de, em regra, ouvir os menores com mais de catorze anos, em vista da superação do desacordo dos pais no exercício do poder paternal (art. 1901º/2 do Código Civil); para a nomeação de tutor (artigo 1931º/2 do Código Civil); sendo filhos do adoptante em relação à adopção (artigo 1984º/a do Código Civil);

⁶⁵⁰ A expressão é de Guilherme de Oliveira – *O acesso dos menores aos cuidados de saúde*, in Temas de direito da medicina, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito Biomédico (1), Coimbra Editora, 1999, p. 226.

⁶⁵¹ “Salvo disposição em contrário...”.

⁶⁵² As chamadas “maioridades especiais”.

- para o menor com mais de doze anos, impõe-se a necessidade de obtenção do seu consentimento para ser adoptado (artigo 1981º/1/a do Código Civil);
- dispõe o artigo 1850º do Código Civil que “têm capacidade para perfilar os indivíduos com mais de dezasseis anos”, não carecendo “de autorização dos pais, tutores ou curadores”;
- os menores com 16 anos já podem escolher livremente a sua religião (artigo 1886º do Código Civil);
- aos menores com 14 anos é conferida a capacidade de praticar actos jurídicos no âmbito de actividades associativas, conforme dispõe a Lei nº 33/87 de 11 de Julho, com as alterações introduzidas pela Lei nº 35/96 de 29 de Agosto (lei que regula o direito de associação dos estudantes);
- nos termos do disposto no artigo 69º do Código do Direito de Autor e Direitos Conexos, o autor de obra literária ou artística pode exercer os direitos pessoais àquela inerentes, desde que para tanto tenha entendimento natural;
- o menor tem capacidade para adquirir por usucapião (artigo 1289º/2 do Código Civil) e ainda para adquirir posse (artigo 1266º do Código Civil);
- todos os menores que “tiverem aptidão física e mental” para tanto, poderão depor em juízo como testemunhas, cabendo ao juiz verificar tal “capacidade natural” – *cf.* artigo 495º do Código de Processo Civil.
- a lei de educação sexual e planeamento familiar (Lei nº 3/84 de 24 de Março⁶⁵³) vem assegurar “a todos, sem discriminações, o livre acesso às consultas e outros meios de planeamento familiar”⁶⁵⁴; a portaria que procedeu à respectiva regulamentação dos centros de atendimento para jovens (Portaria nº 52/85 de 26 de Janeiro⁶⁵⁵) prevê o acesso⁶⁵⁶ “sem quaisquer restrições” de “todos os jovens em idade fértil”^{657 658}.

⁶⁵³ Publicada no Diário da República, I Série, Número 71 de 24 de Março de 1984.

⁶⁵⁴ Artigo 5º/1 da referida Lei. Parece que a expressão “todos, sem discriminações” abrangerá os menores a que a lei chama “jovens” – *cf.* artigos 2º/1/3, 13º do citado diploma legal.

⁶⁵⁵ Publicada no Diário da República, I Série, Número 22 de 26 de Janeiro de 1985.

⁶⁵⁶ Artigo 5º/2.

⁶⁵⁷ Ficou, pois, completamente ultrapassado o entendimento expresso no Parecer da Procuradoria Geral da República nº 53780 de 6 de Novembro de 1980, que defendia a negação aos menores não emancipados (na falta de autorização expressa dos pais ou dos representantes legais) do direito de acesso às consultas de

- no sentido de favorecer a autonomia e privacidade dos menores ao nível da sua saúde sexual e reprodutiva: a Resolução da Assembleia da República nº 51/98 de 2 de Novembro (sobre educação e planeamento familiar)⁶⁵⁹ recomendou ao Governo a criação de consultas de ginecologia e obstetrícia para adolescentes nos centros de saúde e hospitais; a Resolução do Conselho de Ministros nº 124/98 de 21 de Outubro⁶⁶⁰, criou uma comissão intergovernamental para o plano de acção integrado para a educação sexual e planeamento familiar; a Lei nº 120/99 de 11 de Agosto⁶⁶¹ (que “reforça as garantias do direito à saúde reprodutiva”) estipula que “os jovens podem ser atendidos em qualquer consulta de planeamento familiar, ainda que em centro de saúde ou serviço hospitalar que não seja da área da sua residência” (artigo 5º)⁶⁶²; o artigo 5º/3 do Decreto-Lei nº 157/99 de 10 de Maio (relativo à criação, organização e funcionamento dos centros de saúde, afirma que “são utentes do centro de saúde todos os cidadãos que nele se queiram livremente inscrever”⁶⁶³.
- o Decreto-Lei nº 323-D/2000 de 20 de Dezembro⁶⁶⁴, que aprova o Regulamento Geral e Disciplinar dos Centros Educativos, confere ao menor (“educando”) o direito de “efectuar pedidos, apresentar queixas e interpor recursos”.
- ainda no âmbito sexual, o Código Penal confere ao menor a faculdade de, a partir dos 16 anos, dar validamente o seu acordo para a prática de relações sexuais;
- tem-se entendido⁶⁶⁵ que o artigo 38º nº 3 do Código Penal criou uma verdadeira maioria especial em termos de acesso a cuidados de saúde (mesmo com repercussão civilística) ao afirmar que o consentimento só é eficaz se for prestado por quem tiver mais

planeamento familiar. Uma visão crítica deste Parecer é apresentada Por Maria Nazareth Lobato Guimarães, *Ainda sobre menores e consultas de planeamento familiar*, in Revista do Ministério Público, ano 3º, Vol. IX, 1982, pp. 193-201.

⁶⁵⁸ Guilherme de Oliveira afirma que “Este é, pois, mais um domínio em que se protege o menor, respeitando a sua autonomia” – cf. Protecção de Menores, Protecção Familiar, in Temas de Direito da Família, 2ª edição aumentada, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito da Família, Coimbra Editora, 2001, p. 302.

⁶⁵⁹ Publicada no Diário da República, I Série, Número 253 de 2 de Novembro de 1998.

⁶⁶⁰ Publicada no Diário da República, I Série, Número 243 de 21 de Outubro de 1998.

⁶⁶¹ Publicada no Diário da República, I Série, Número 186 de 11 de Agosto de 1999 e regulamentada pelo Decreto-Lei nº 259/2000 de 17 de Outubro (publicado no Diário da República, I Série, Número 240 de 17 de Outubro de 2000).

⁶⁶² E nos termos do disposto no artigo 3º/2 da referida Lei, “será disponibilizado o acesso a preservativos... em todos os estabelecimentos do ensino superior e nos estabelecimentos de ensino secundário”.

⁶⁶³ Parece inegável que este livre acesso individual dos menores (“jovens”), é clara expressão da vontade em lhe reconhecer maior liberdade e autonomia nos cuidados de saúde (nomeadamente no que concerne à saúde reprodutiva).

⁶⁶⁴ Publicado no Diário da República, I Série, Número 292, de 20 de Dezembro de 2000.

⁶⁶⁵ Guilherme de Oliveira, *O Acesso dos Menores aos Cuidados de Saúde*, in Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 132º, nº 3898.

de 16 anos e possuir o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta”.

- no que concerne ao regime legal do consentimento para a interrupção voluntária da gravidez⁶⁶⁶, dispõe o artigo 142º/3/b do Código Penal que desde que a grávida tenha 16 anos, será ela a prestar tal consentimento.

- a Lei de Saúde Mental⁶⁶⁷, no artigo 5º/3 estipula que só os menores de 14 anos (ou os que não possuam o discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance do consentimento) é que serão substituídos pelos seus representantes legais para exercer os direitos previstos nas alíneas c), d) e e) do nº 2 do referido preceito legal.

- as condições para a realização de testes de biologia molecular de diagnóstico pré-natal estão definidas no Despacho MS nº 5411/97; “excepcionalmente estes exames podem ser autorizados se forem pedidos por um jovem com o objectivo de constituir família” (nº7.2/b)⁶⁶⁸;

- em termos de capacidade judiciária⁶⁶⁹, os menores possuem-na “quanto aos actos que possam exercer pessoal e livremente” (artigo 16º/1 do Código de Processo Civil), esclarecendo ainda a lei processual que “a capacidade judiciária tem por base e por medida a capacidade de exercício de direitos” (artigo 15º/2 do Código de Processo Civil)⁶⁷⁰.

- a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança^{671 672} (de 20 de Novembro de 1989)cujo artigo 12º reza assim:

“1º. Os Estados Parte garantem à criança com capacidade de discernimento o direito de exprimir livremente a sua opinião sobre as questões que lhe respeitem, sendo tomadas

⁶⁶⁶ Trata-se da “interrupção voluntária da gravidez não punível”, conforme explica a epígrafe do artigo 142º do Código Penal.

⁶⁶⁷ Lei nº 36/98 de 24 de Julho, publicada no Diário da República, I Série, Número 169 de 24 de Julho de 1998.

⁶⁶⁸ A doutrina tem entendido valer aqui a regra dos 14 anos – *cfr.* João Vaz Rodrigues, *O Consentimento Informado....,op. cit.*, pp. 195,196; Dias Pereira, *O Consentimento Informado....,op. cit.*, p. 314.

⁶⁶⁹ Ou seja, a “susceptibilidade de estar, por si só, em juízo” – *cfr.* artigo 15º/1 do Código de Processo Civil.

⁶⁷⁰ Poderia perguntar-se se estamos aqui perante uma regra do seguinte teor: “sempre que o menor tenha capacidade substantiva para exercer determinados direitos, este deveria poder agir em juízo” – *v.* Dias Pereira, *O consentimento informado...., op.cit.*, p. 308, n. 704.

⁶⁷¹ Aprovada para ratificação pela resolução da Assembleia da República nº20/90, de 12 de Setembro, publicada no DR, I Série, 2º Suplemento, Número 211 de 17 de Setembro de 1990 e ratificada pelo Decreto do Presidente da República nº49/90 de 12 de Setembro.

⁶⁷² Segundo o artigo 1º da Convenção, “(...) criança é todo o ser menor de 18 anos, salvo se, nos termos da lei que lhe for aplicável, atingir a maioridade mais cedo”.

devidamente em consideração as opiniões da criança, de acordo com a sua idade e maturidade.

2º. Para este fim, é assegurada à criança a oportunidade de ser ouvida nos processos judiciais e administrativos que lhe respeitem, seja directamente, seja através de representante ou de organismo adequado, segundo as modalidades previstas pelas regras de processo da legislação nacional”.

- o artigo 6º nº 2 da Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina⁶⁷³, que dispõe:

“Quando, de acordo com a lei, um menor não tem a capacidade para consentir numa intervenção, a intervenção apenas pode ser efectuada com a autorização do seu representante, de uma autoridade ou de uma pessoa ou entidade designada pela lei. A opinião do menor deverá ser tomada em consideração como um factor cada vez mais determinante, em função da sua idade e do seu grau de maturidade”.

- o Conselho da Europa, na recomendação 1121 (1990) assumia o entendimento de que o menor é titular de direitos, propondo mesmo que os Estados membros designassem um mediador especial para as crianças (com o fim de as aconselhar, informar dos seus direitos, intervir e, em caso de necessidade, intentar acções em seu nome).

- a Declaração para a Promoção dos Direitos dos Pacientes na Europa, estipula no artigo 3.5 que “quando seja necessário o consentimento do representante legal, os pacientes (menores ou adultos) devem, não obstante, ser consultados, antes de ser tomada uma decisão, da forma mais adequada à sua capacidade de decisão”.

A propósito, é curioso recordar que a capacidade dos menores foi tratada por GOMES DA SILVA na preparação do que seria o Código Civil de 1966, prevendo, por exemplo para o artigo 5º §2º que “gozam de liberdade pessoal e pode, no exercício dos seus direitos civis, agir ou abster-se de agir livremente, contanto que o não façam por meio de actos jurídicos que lhes sejam vedados por lei”. Ao que parece, pretendia-se “substituir uma ideia de

⁶⁷³ Ratificada pela Resolução da Assembleia da República nº1/2001 e pelo Decreto do Presidente da República nº1/2001, ambos de 3 de Janeiro, *cfr.* DR, I Série-A, nº2 de 03.01.2001.

incapacidade do menor pela concepção de uma incapacidade gradativa, adaptada à sua real condição”⁶⁷⁴.

Um tanto ousadamente, poder-se-ia dizer que o Código Civil (*rectius*, o ordenamento jurídico português) aponta para duas regras paralelas: uma para os actos jurídicos patrimoniais (artigo 123º) e outra para os actos jurídicos pessoais (onde domina a capacidade para consentir, nos termos já definidos).

O elemento literal dos artigos 123º e 139º do Código Civil não deveriam constituir obstáculo a este entendimento, já que a lei (*i.e.*, os citados artigos 123º e 139º) limita-se a lançar mão do conceito tradicional de capacidade de exercício de direitos, sem que com isso pretenda afastar o direito ao livre desenvolvimento da personalidade do menor, aliás constitucionalmente imposto pelo artigo 26º nº 1 da Constituição da República Portuguesa. O que, em última análise significa que os ditos preceitos devem, neste sentido, ser interpretados em conformidade com a Constituição⁶⁷⁵.

P. MOTA PINTO⁶⁷⁶ também defende que não são de aplicar, quanto ao “acordo para a limitação voluntária de direitos de personalidade”, as regras gerais de suprimimento de incapacidades de exercício, propondo que se distinga “consoante o incapaz – menor ou interdito – disponha ou não, no momento em que presta o consentimento, do discernimento necessário (de capacidade natural) para avaliar o sentido e alcance das consequências para o seu direito de personalidade, em resultado da limitação voluntária”.

Distingue, no entanto, diversas situações, a merecerem tratamento correspondentemente diferente. Assim:

- Uma vez que se trata da limitação de direitos que tutelam bens pessoais, exige-se o consentimento do próprio menor para a sua limitação, desde que ele já tenha “maturidade suficiente para a avaliar”. O menor (*rectius*, o incapaz) poderá sempre opor-se ao consentimento prestado pelo seu representante.

⁶⁷⁴ Menezes Cordeiro, *Tratado, I, Tomo III, op.cit.*, pp. 389, 390.

⁶⁷⁵ Cf. José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição, op. cit.*, p. 1113. Aqui relevando, sobretudo, o princípio da conservação das normas.

⁶⁷⁶ *A limitação voluntária..., op. cit.*, pp. 542-546.

- Em certas formas de acordo que fundamentem compromissos jurídico-negociais, cuja violação possa dar lugar a uma obrigação de indemnizar⁶⁷⁷, está envolvida uma verdadeira actuação negocial⁶⁷⁸, pelo que o incapaz não poderá agir por si próprio, mas carece do consentimento do representante.

- Por outro lado, quando, pela gravidade, a limitação voluntária (mesmo só relativa a bens pessoais) possa vir a produzir reflexos na educação do menor ou “em geral, contenda, com os resultados do exercício dos poderes-deveres dos representantes legais”, estes teriam igualmente de dar o seu consentimento. Com o devido respeito, não se vislumbra fundamento bastante para a solução proposta quanto a estas situações, que, em substância, só podem enquadrar-se ou numa ou noutra das duas situações-tipo que aquele autor prevê.

Ora, não é despropositado entender que a aferição da maturidade do menor – a efectuar casuisticamente – impõe a necessidade da prévia audição deste, independentemente de possuir catorze anos ou menos, “sempre que se pretenda tomar uma decisão que incida sobre a sua esfera de interesses”⁶⁷⁹.

A tese que propugnamos para a questão em análise parece consentânea com o entendimento expendido pela doutrina relativamente a outras situações (que não a menoridade). Assim, por exemplo, mesmo em relação aos portadores de anomalia psíquica ou mental, apenas deverão estar desprovidas de capacidade as que não possam determinar com normal esclarecimento ou liberdade interior os seus interesses⁶⁸⁰.

Em suma⁶⁸¹: onde se verifique existir capacidade de entendimento e de ponderação, deverá igualmente atender-se à vontade manifestada, independentemente da idade. Assim sendo, as referências aos catorze anos não podem deixar de ser apenas isso mesmo: referências para o agente médico ou, eventualmente, “o limite até ao qual uma criança, a quem se reconheça maturidade para tanto, poderá associar a sua decisão à dos seus representantes legais e, a partir da qual, com idêntico reconhecimento, poderá decidir sozinha”⁶⁸².

⁶⁷⁷ Poderia ser o caso da limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada.

⁶⁷⁸ E não apenas a tolerância de uma agressão de terceiro, não exceptuada nos termos do artigo 127º do Código Civil.

⁶⁷⁹ João Vaz Rodrigues, *op.cit.*, págs. 203 e ss.

⁶⁸⁰ João Vaz Rodrigues, *op.cit.*, págs 174 e ss. e ainda págs. 215 e 216 (nestas últimas, citando Carlos Alberto da Mota Pinto).

⁶⁸¹ Existem igualmente dispositivos legais, que apontam no mesmo sentido, em sede de transplantes e colheita de órgãos e tecidos humanos em vida do dador, experimentação e investigação em seres humanos.

⁶⁸² João Vaz Rodrigues, *op.cit.*, pág. 205.

2.5. Autonomia do menor e tratamento médico

Subscreve-se a posição segundo a qual “o rumo do direito actual é o da autonomia progressiva dos menores. Autonomia que se traduz no facto de cada vez mais cedo os menores poderem decidir sobre certos assuntos, ou, pelo menos, terem o direito de serem informados e a dar a sua opinião nas decisões a tomar”⁶⁸³.

Os poderes deveres em que se desdobra o poder paternal, nomeadamente o poder funcional de velar pela saúde do filho, encontra limites na autonomia do menor em função da sua idade e capacidade de discernimento. Com efeito, o exercício de tal poder funcional está vinculado ao interesse do filho e configura um processo gradual de atribuição progressiva de espaços de autonomia e independência. É por essa razão que o nosso ordenamento jurídico impõe aos pais um “dever positivo de respeito pela personalidade dos filhos”⁶⁸⁴, que se traduz no dever de levar em conta a sua opinião nos assuntos familiares importantes de acordo com a sua maturidade e no dever de lhes reconhecer progressiva autonomia na sua vida (artigo 1878º. nº 2 do Código Civil).

No fundo, perspectivar o exercício do poder paternal desta forma implica igualmente percepcionar o filho menor como sujeito de direitos e como titular de uma autonomia progressiva em função da idade, maturidade e desenvolvimento das capacidades. Como contrapartida ganha a criança o direito de participar nos processos de tomada de decisões que, de algum modo, afectem o seu futuro, como é o caso concreto das decisões sobre cuidados de saúde.

2.6. O menor sem capacidade

Os menores relativamente aos quais senão reúnam os requisitos para se lhes reconhecer capacidade para consentir e dissentir relativamente a tratamentos médicos, verão quaisquer decisões sobre esta matéria ser tomadas pelos pais.

⁶⁸³ Dias Pereira, *O consentimento informado*, *op.cit.* p. 289 e ss.. onde o autor dá conta da autonomia progressiva dos menores no Direito Internacional.

⁶⁸⁴ Guilherme de Oliveira, *A criança maltratada*, in *Temas de Direito da Família*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito da Família (1) 2ª. edição aumentada, Coimbra Editora, 2001, p. 215 e segs.

Face à ausência de autonomia do menor “os pais têm o poder-dever de se substituírem à pessoa do filho, no interesse deste e para sua protecção”⁶⁸⁵.

Quid iuris se, perante comprovada situação de perigo para a vida ou para a saúde do filho, os pais recusarem autorização para a realização do tratamento ou intervenção propostos pelo médico?⁶⁸⁶

Entre nós, a doutrina tem vindo a defender a possibilidade judicial de limitação do poder paternal⁶⁸⁷ posição que, aliás, consta do parecer 8/91 do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República onde se lê : “Se não obstante o esclarecimento referido (o esclarecimento médico), os pais mantêm a sua recusa ao internamento, e a situação de facto que se perfila for de molde a recriar perigo para a vida ou grave dano para a saúde do menor, não se compadecendo o seu estado clínico com o recurso à via judicial..., dar-se-á prevalência à decisão médica de internamento.”

Contudo, este tipo de postura não deveria assumir-se de ânimo leve ou sem previamente ponderar nas palavras de cautela que, aqui e acolá, têm incentivado à prudência e à contenção.

Assim, não deverá julgar-se que a “autoridade parental é absolutamente funcionalizada, em termos de um heterónimo critério dos “melhores interesses” se poder impor à decisão dos pais, sempre que esta pareça irracional”⁶⁸⁸. A propósito, GUILHERME DE OLIVEIRA propõe que se deve acautelar a necessidade de “respeitar o poder paternal até onde for possível”, explicando :

“A Constituição da República deu-lhe a máxima dignidade (artº. 36.º n.ºs. 5 e 6) num local sistemático que atribui ao poder paternal uma grande força jurídica, com aplicabilidade imediata, vinculando entidades públicas e provadas (artº 18.º, n.º 1); e em outras passagens da lei fundamental mostra-se que o Estado tem uma função adjuvante relativamente ao

⁶⁸⁵ Guilherme de Oliveira, *O acesso dos menores aos cuidados de saúde*, *op.cit.* p. 231. Quanto às questões jurídicas levantadas pelo eventual desacordo dos pais quanto à autorização e (diríamos nós) à recusa, v. Rosa Cândido Martins, *A criança, o adolescente e o acto médico, o problema do consentimento*, *op.cit.* pp. 822, 823.

⁶⁸⁶ A propósito deste tipo de recusa por motivos religiosos e com uma análise da jurisprudência nos Estados Unidos, Canadá, Austrália, Alemanha, Itália, França e Espanha, v. Juan Carlos Armenteros Chaparro, *Objeción de conciencia a los tratamientos médicos : la cuestión de la patria potestad*, Editorial Colex, 1997.

⁶⁸⁷ Cf., por exemplo, Dias Pereira, *O consentimento informado*, *op.cit.* , p. 323 e segs.; Rosa Cândido Martins, *A criança, o adolescente e o acto médico, o problema do consentimento*, *op. cit.*, p. 824.

⁶⁸⁸ Dias Pereira, *O consentimento informado*, *cit.*, p. 329.

papel dos progenitores (p. ex. art. 67.º, n.º 2, al. c)). E se é verdade que a tutela da saúde e da vida do menor ainda tem mais valor do que o exercício do poder paternal – de tal modo que aquele valor prevalecerá sempre sobre o papel dos pais – nada justifica que não se tente harmonizar os dois valores constitucionalmente protegidos, por forma a respeitar ambos até onde for possível”⁶⁸⁹.

Na mesma linha de pensamento, DIAS PEREIRA (que cita CAPELO DE SOUSA) defende que “o exercício do poder paternal (o modo de educar, a religião que escolhe para os filhos, etc.) é também uma forma de desenvolvimento da personalidade do pai e da mãe; é uma forma de expressão da pessoa humana da maior relevância e que merece a tutela do direito”⁶⁹⁰.

2.7. O direito a veto e co-consentimento

Há casos em que a legislação proíbe a realização de certas intervenções médicas contra ou sem a vontade do sujeito. Como incapaz para consentir ele não tem o direito de autorizar, mas tem o direito de impedir uma intervenção que o seu representante tenha consentido. A estes casos dá a doutrina o nome de direito de veto (*Vetorecht*) ou “direito de oposição”⁶⁹¹ agrupando-os em três grupos :

- os casos de reserva de dignidade (*Würdevorbehalt*) : têm-se em vista a protecção da dignidade humana;
- os casos de reserva de racionalidade (*Vernunftvorbehalt*): dirige-se aos casos em que o incapaz ainda possui alguma racionalidade e discernimento;
- o co-consentimento (*Co-Konsens*).

No nosso ordenamento jurídico encontramos o direito de veto e o co-consentimento na lei portuguesa sobre ensaios clínicos (Decreto Lei nº. 97/94 de 9 de Abril), nomeadamente nos artigos 10º. nºs 4 e 5 e na legislação sobre colheita e transplante de órgãos e tecidos (artigo 6º nº. 3, artigos 8º. nºs. 3, 4 e 5 da Lei nº. 12/93 de 22 de Abril). Alguma doutrina entende

⁶⁸⁹ *O acesso dos menores aos cuidados de saúde, op.cit.*, pp. 230, 231.

⁶⁹⁰ *O consentimento informado...*, op. cit., p. 330.

⁶⁹¹ Esta última expressão, encontrada por exemplo, em Rosa Cândido Martins, *A criança o adolescente e o acto médico, o problema do consentimento, op.cit.*, pp. 824, 825.

que para o exercício do direito de veto do incapaz para consentir, os requisitos são menores do que os exigidos para a formação da capacidade, “bastando uma opinião livre em relação à natureza da intervenção e suas consequências para a esfera pessoal”⁶⁹².

2.8. Recusa de tratamento médico e tratamento alternativo

Em certos casos a recusa só se dirige a determinado tratamento médico (v.g. transfusões de sangue), mas o paciente (menor capaz) ou os seus legais representantes (pais) aceitam a utilização de tratamentos alternativos.

Nestes casos existe mesmo a obrigação das entidades hospitalares de procederem de acordo com a base XIV n.º. 1 alínea e) da Lei de Bases da Saúde (Lei n.º. 48/90 de 24 de Agosto) que prescreve que os utentes têm direito :

“a ser informados sobre a sua situação, as alternativas possíveis de tratamento e a evolução provável do seu estado”⁶⁹³.

3. Conclusão quanto à capacidade para consentir e dissentir nas declarações antecipadas de vontade

O artigo 4º alínea a) da Lei nº25/2012 impõe, entre outros requisitos de capacidade, que o outorgante de documento de directivas antecipadas de vontade em matéria de cuidados de saúde, seja 'maior de idade'.

É, indubitavelmente, uma alusão directa e inequívoca aos artigos 122º e 123º, ambos do Código Civil. Refere o primeiro daqueles preceitos que "é menor quem ainda não tiver completado dezoito anos de idade" e o artigo 123º faz depender a capacidade de exercício de direitos, da maioridade.

Já atrás se defendeu - julga-se que sustentadamente - que a capacidade para consentir e dissentir relativamente a cuidados de saúde não depende da maioridade. Ora, as directivas

⁶⁹² Geraldo Rocha Ribeiro, *A Protecção do Incapaz Adulto no Direito Português*, op.cit., pp. 187, 188.

⁶⁹³ No mesmo sentido, cf. Dias Pereira, *O consentimento informado...*, op. cit., p. 507.

antecipadas de vontade não são mais do que mera expressão da capacidade para consentir/dissentir e do direito ao consentimento informado.

Desta forma, o citado artigo 4º alínea a) não pode deixar de considerar-se ferido de inconstitucionalidade, por violação do princípio da dignidade da pessoa humana, do direito ao desenvolvimento da personalidade e ainda da liberdade de consciência e religião, nos termos e com os contornos que se expuseram *supra*.

CAPÍTULO VIII – A QUESTÃO DA ACTUALIDADE DA VONTADE DO DECLARANTE

1. Colocação do problema e teses em confronto

Uma das críticas que têm sido feitas às declarações antecipadas de vontade em sede de cuidados de saúde é a da possibilidade de as opções ali tomadas pelo outorgante (em termos de consentimento ou de dissentimento) não estarem actualizadas à data da prestação de cuidados de saúde, *i.e.*, não representarem a vontade actual do paciente, mas apenas a vontade existente no momento da outorga do documento. Este argumento é normalmente reforçado com a ideia de possível "desactualização da vontade do outorgante face progresso dos meios terapêuticos, entretanto verificado" (*cf.* artigo 6º nº2 a) da Lei nº25/2012).

JOÃO LOUREIRO fala mesmo do requisito da “frescura da vontade”, a exigir que o ordenamento jurídico preveja prazos de validade e renovação⁶⁹⁴.

O argumento - aparentemente simples e lógico - tem tido profundos efeitos, quer ao nível da legislação (com a consagração de 'prazos de validade' ou de 'eficácia' por parte dos diversos ordenamentos jurídicos que consagram as directivas antecipadas de vontade), quer mesmo no que concerne à doutrina defensora das declarações antecipadas de vontade que - certamente por força do 'perigo' da falta de actualidade - ora se pronunciam pela estipulação de tal 'prazo de validade'⁶⁹⁵, ora consideram a questão um 'problema insolúvel'⁶⁹⁶, ora se limitam a enuncia-lo, sem tomar posição definida⁶⁹⁷.

2. Posição adoptada

⁶⁹⁴ *Bios, Tempo(s) e Mundo(s)...* *op.cit.*, p.508.

⁶⁹⁵ Assim, por exemplo: Cristina López Sánchez, *op. cit.*, pp. 124, 125; Herman Nys, *Emerging legislation in Europe on the legal status of advance directives and medical decision-making with respect to an incompetent patient (living wills)*], in *European Journal of Health Law* 4, 1997, p. 181; Vera Lúcio Raposo, *No dia em que a morte chegar (decifrando o regime jurídico das directivas antecipadas de vontade)*, in *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, Dezembro de 2013, Ano XXII, Nº24, pp.82, 106.

⁶⁹⁶ Neste último sentido, Rui Nunes e Helena Pereira de Melo, *op. cit.*, p.181.

⁶⁹⁷ Parece ser o caso de Inês Godinho, *op.cit.*, pp.132,133.

Salvo o devido respeito, e mesmo sem ter em conta os estudos realizados que desmentem tão desmedidos receios⁶⁹⁸, não se subscreve nem a crítica, nem, por consequência, a adopção de 'prazos de validade ou eficácia'.

Com efeito, estamos perante declarações de vontade, cuja validade depende do preenchimento de requisitos de conteúdo, de consciência, de liberdade, de esclarecimento, bem como de requisitos formais rígidos. E que foram emitidas no exercício de direitos e em harmonia com princípios com dignidade constitucional.

Que legitimidade assiste a terceiros (incluindo o legislador ordinário) para limitar ou condicionar a validade de declarações emitidas em tais condições e circunstâncias? E porque limitar a eficácia ou validade a um prazo de cinco anos, como o faz a lei portuguesa, e não a um ano, ou um mês, ou a uma semana?⁶⁹⁹

Como sustenta GERSON KERN: "seria absurdo que devido ao seu direito de revogar o testamento - que é uma manifestação de autodeterminação - se limitasse ou negasse de outra forma esse mesmo direito de autodeterminação"⁷⁰⁰.

Recorde-se, a propósito, o Parecer⁷⁰¹ do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida sobre os projectos de lei relativos às declarações antecipadas de vontade, onde se afirma que: "*A declaração da vontade e a sua actualização são da responsabilidade do declarante, não devendo o lapso de tempo decorrido ser factor de caducidade da declaração antecipada de vontade*"⁷⁰².

Subscreve-se, desta forma, a posição de PINTO DE ALBUQUERQUE quando afirma que o "*consentimento dado neste documento é, e mantém-se actual, desde que o seu autor não tenha posteriormente manifestado, por qualquer meio, a sua vontade de o alterar ou revogar*"^{703 704}.

⁶⁹⁸ V. David Rodríguez-Arias, *Una Muerte Razonable*, Testamento Vital y Eutanasia, in colección *Ètica Aplicada*, Editorial Desclee de Brouwer, S.A, 2005, p.32.

⁶⁹⁹ Questão que igualmente colocam Rui Nunes e Helena Pereira de Melo, *ob. cit.*, p.173 e igualmente np Parecer N° P/05/APB/06 da Associação Portuguesa de Bioética, *op.cit.*, p.12.

⁷⁰⁰ Gerson Kern, *Limitierte Einwilligung, Zum Ausschluss von Behandlungsmethoden*, Wien, Manz, 1999, p.192, *apud* André Gonçalo Dias Pereira, *ob. cit.*, p.248.

⁷⁰¹ Parecer N° 59/CNEV/2010, (em linha), (consultado em 15.05.2016), disponível em http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1293115760_Parecer%2059%20CNECV%202010%20DAV.pdf

⁷⁰² Pese embora se 'recomende' a sua actualização de 5 em 5 anos.

⁷⁰³ Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código Penal (Á Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem)*, Universidade católica Editora, Lisboa, 2008, p.171.

Por esse motivo, sufraga-se a posição segundo a qual existe uma presunção ilidível (artigos 349º e 350º nº2 do Código Civil) de que a vontade expressa na declaração antecipada de vontade corresponde à vontade actual enquanto não for objecto de revogação ou modificação, o que é possível a qualquer momento e através de simples declaração oral (*cfr.* artigo 8º, nºs 1 e 3 da Lei nº25/2012). Recai, assim, sobre o prestador de cuidados de saúde o ónus de ilidir tal presunção⁷⁰⁵ (v. artigo 6º, nº2 b) da Lei nº25/2012, de cuja redacção, aliás, parece resultar tal ónus).

Este entendimento coloca em crise a solução adoptada pelo legislador português, ao estipular um prazo de eficácia de "cinco anos" para "o documento de directivas antecipadas de vontade" (artigo 7º nº1 da Lei nº25/2012). O que, curiosamente, não fez em relação à procuração de cuidados de saúde, aparentemente entendendo que a mesma não tem 'prazo de validade'.

Por razões de coerência - como decorre das posições que se foram tomando ao longo deste relatório - não pode ter-se outra postura que não seja a de defender a inconstitucionalidade do artigo 7º, nº1 da Lei nº25/2012, por violação do princípio da dignidade da pessoa humana, do direito ao desenvolvimento da personalidade e ainda da liberdade de consciência e religião.

⁷⁰⁴ Parecendo optar no mesmo sentido, Vera Lúcia Raposo, *Directivas Antecipadas de Vontade: em busca da lei perdida*, *op.cit.*, p.179.

⁷⁰⁵ No mesmo sentido, v. André Gonçalo Dias Pereira, *ob. cit.*, p.248.

CAPÍTULO IX – O REGIME LEGAL DAS DECLARAÇÕES ANTECIPADAS DE VONTADE EM MATÉRIA DE CUIDADOS DE SAÚDE

1. A Lei nº 25/2012 de 16 de Julho – aspectos gerais e antecedentes

Em 1 de Junho de 2012 foi aprovada na Assembleia da República a vulgarmente denominada Lei do Testamento Vital, depois publicada no Diário da República, I Série, Nº136, de 16 de Julho de 2012 - Lei nº25/2012 de 16 de Julho⁷⁰⁶.

A referida Lei "estabelece o regime das diretivas antecipadas de vontade (DAV) em matéria de cuidados de saúde, designadamente sob a forma de testamento vital (TV), regula a nomeação de procurador de cuidados de saúde e cria o Registo Nacional do Testamento Vital (RENTEV)", conforme esclarece o artigo 1º.

O mencionado diploma legal entrou em vigor "30 dias após a sua publicação" (artigo 20º), nele se dispondo que "O Governo regulamenta a presente lei no prazo de 180 dias a partir da entrada em vigor" (artigo 19º)⁷⁰⁷.

Nos anos que antecederam a aprovação e publicação da Lei nº25/2012, a Associação Portuguesa de Bioética revelou considerável labor em torno da questão das diretivas antecipadas de vontade em matéria de cuidados de saúde e do procurador de cuidados de saúde⁷⁰⁸. E o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida tem vindo igualmente a intervir nesta temática⁷⁰⁹. Dessa forma, foi-se suscitando intenso debate acerca da legitimidade e importância de tais instrumentos.

Importa ainda referir que esta matéria já tinha sido objecto de várias tentativas de intervenção legislativa. Assim, em Maio de 2009 foi apresentado pelo Partido Socialista

⁷⁰⁶ Foi ainda publicada a Portaria nº 96/2014 de 5 de Maio (Diário da República 1ª Série, nº85 de 5 de maio de 2016), que regulamenta a organização e funcionamento do RENTEV, bem como a Portaria nº 104/2014 de 15 de Maio (Diário da República, 1ª Série, nº93 de 15 de Maio de 2016), que aprova o modelo facultativo de directiva antecipada de vontade.

⁷⁰⁷ Foi publicada (no Diário da República n.º 85, Série I de 2014-05-05) a Portaria 96/2014 de 05 de Maio, que regulamenta a organização e funcionamento do Registo Nacional do Testamento Vital (RENTEV).

⁷⁰⁸ V., por exemplo: Parecer NºP/05/APB/06 de 5 de Maio de 2006; Projecto de Diploma NºP/06/APB/06 de 20 de Dezembro de 2007; Estudo NºE/17/APB/10 de 18 de Setembro de 2010 e ainda uma sugestão de "Documento de Directivas Antecipadas de Vontade" (todos consultáveis em www.apbioetica.org).

⁷⁰⁹ V., nomeadamente: Parecer Nº46/CNECV/05 de 27 de Junho de 2005; Parecer Nº59/CNECV/2010 de 17 de Dezembro de 2010; Parecer Nº69/CNECV/2012 de 17 de Dezembro de 2012, consultáveis em www.cnecv.pt.

um projecto de lei⁷¹⁰ intitulado "Direito dos doentes à informação e ao consentimento informado". O projecto foi objecto de alguma discussão, mas caducou em Outubro do mesmo ano, seguramente por se ter reconhecido a necessidade de uma mais alargada e profunda discussão pública.

No ano seguinte (2010) surgiram novas iniciativas legislativas: pelo Partido Socialista (projecto de lei nº 413/XI), Bloco de Esquerda (projecto de lei nº 414/XI, Partido Social Democrata (projecto de lei nº 428/XI) e Partido Popular (projecto de lei nº 429/XI). Todos estes projectos caducaram em Junho de 2011.

Posteriormente, em 2012, os mesmos partidos políticos voltaram a apresentar projectos de lei: projecto de lei nº 21/XII do Bloco de Esquerda, projecto de lei nº 62/XII do Partido Socialista, projecto de lei nº 63/XII do Partido Social Democrata, projecto de lei nº 64/XII do Partido Popular.

Foi da discussão conjunta destes projectos que resultou a aprovação e publicação da já citada Lei nº 25/2012.

2. Directivas antecipadas de vontade – requisitos legais

A Lei (Capítulo II, artigos 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10º)⁷¹¹ regula as "directivas antecipadas de vontade, designadamente sob a forma de testamento vital", explicando que se trata de "documento unilateral e livremente revogável a qualquer momento pelo próprio, no qual uma pessoa maior de idade e capaz, que não se encontre interdita ou inabilitada por anomalia psíquica, manifesta antecipadamente a sua vontade consciente, livre e esclarecida, no que concerne aos cuidados de saúde que deseja receber, ou não deseja receber, no caso de, por qualquer razão, se encontrar incapaz de expressar a sua vontade pessoal e autonomamente" (artigo 2º, nº1).

É possível discernir, no texto legal, as características (*rectius*, os requisitos) que o legislador associa às directivas antecipadas de vontade.

Algumas traduzem-se em requisitos de forma, a saber (artigos 1º nº1 e 3º nº1):

⁷¹⁰ Nº 788/X.

⁷¹¹ As referências a artigos ou preceitos legais, entendem-se feitas a artigos da Lei nº 25/2012 de 16 de Julho, salvo indicação expressa em contrário.

- i. documento escrito⁷¹²;
- ii. assinado presencialmente perante funcionário devidamente habilitado do Registo Nacional do Testamento Vital ou notário⁷¹³.

Outras respeitam ao próprio conteúdo essencial (no sentido de exigível, para que seja uma directiva antecipada de vontade, com as legais consequências daí decorrentes) do documento (artigos 1º, 3º, nºs 1 e 2):

- i. a manifestação antecipada de vontade, clara e inequívoca, no que concerne aos cuidados de saúde que o outorgante deseja receber, ou não deseja receber, no caso de, por qualquer razão, vier a encontrar-se incapaz de expressar a sua vontade pessoal e autonomamente (artigo 1º nº1)⁷¹⁴, *i.e.* "as situações clínicas em que as directivas antecipadas de vontade produzem efeitos" bem como as "opções e instruções relativas a cuidados de saúde que o outorgante deseja ou não receber" (artigos 3º, nº1 c) e d) e 5º c));
- ii. a identificação completa do outorgante (artigo 3º, nº1 a));
- iii. o lugar, a data e a hora da sua assinatura (artigo 3º, nº1 b));
- iv. a proibição de directivas antecipadas que sejam contrárias à lei, à ordem pública ou determinem uma actuação contrária às boas práticas médicas (artigo 5º a))⁷¹⁵;
- v. a proibição de directivas antecipadas cujo cumprimento possa provocar deliberadamente a morte não natural e evitável, tal como prevista nos artigos 134º e 135º do Código Penal (artigo 5º b)) que versam, respectivamente sobre "homicídio a pedido da vítima" e "incitamento ou ajuda ao suicídio".

Outras ainda constituem requisitos de "capacidade" do outorgante de directivas antecipadas de vontade, preenchidos no momento da assinatura do documento:

⁷¹² Prevê-se a aprovação de um "modelo de directivas antecipadas de vontade, de utilização facultativa pelo outorgante" (artigo 3º nº3).

⁷¹³ Do documento poderá igualmente constar a assinatura (e identificação) do médico que o outorgante escolha para 'colaborar' na sua 'elaboração', "se for essa a opção do outorgante e do médico" (artigo 3º nº2).

⁷¹⁴ No nº2 do citado preceito o legislador elenca algumas dessas possíveis manifestações de vontade em matéria de cuidados de saúde.

⁷¹⁵ Em bom rigor, o legislador não proíbe expressamente, mas comina 'tais directivas' com a inexistência jurídica.

- i. tem que ser maior de idade, *i.e.*, ter dezoito (ou mais) anos de idade (artigo 4º a) e artigo 130º do Código Civil);
- ii. tem que se encontrar capaz de dar o seu consentimento consciente, livre e esclarecido (artigo 4º c));
- iii. não pode encontrar-se interdito ou inabilitado por anomalia psíquica (artigo 4º b)).

Para além dos apontados requisitos quanto à forma, ao conteúdo e à capacidade do outorgante, importa ainda fazer referência a três outras questões que a lei aborda expressamente no que concerne às diretivas antecipadas de vontade.

Uma de tais questões resulta do artigo 8º. Sob a epígrafe "Modificação ou revogação do documento", estabelece no nº1 que o documento de diretivas antecipadas de vontade é "revogável ou modificável, no todo ou em parte, em qualquer momento, pelo seu autor", esclarecendo, no entanto o nº2 que "a modificação ... está sujeita à forma prevista no artigo 3º"⁷¹⁶.

Esta sujeição (à forma prevista no artigo 3º) não é, contudo, absoluta, na medida em que o nº4 vem permitir que o outorgante possa, a qualquer momento e mediante declaração oral ao responsável pela prestação de cuidados de saúde, modificar ou revogar o seu documento de diretivas antecipadas de vontade⁷¹⁷.

Outra relevante matéria abordada no diploma legal em análise é a da "eficácia do documento" (para usar a terminologia da epígrafe do artigo 6º). O nº1 do artigo 6º estabelece o princípio geral, segundo o qual o conteúdo do documento de diretivas antecipadas de vontade deve ser respeitado (é seguramente nesta obrigação de 'respeito' que reside a eficácia do documento) por quem prestar cuidados de saúde, desde que o dito documento conste do Registo Nacional de Testamento Vital (RENTEV) ou seja entregue "à equipa responsável pela prestação dos cuidados de saúde pelo outorgante ou pelo procurador de cuidados de saúde".

⁷¹⁶ Como resulta do que se vem expondo, e pese embora a sua epígrafe ("Forma do documento"), o artigo 3º não contém apenas referência a requisitos de forma, mas também a exigências de conteúdo do documento - cf., nesse sentido, todas as alíneas no nº1 do dito preceito.

⁷¹⁷ Devendo tal modificação ou revogação "ser inscrito no processo clínico, no RENTEV, quando aí esteja registado, e comunicado ao procurador de cuidados de saúde, quando exista" (artigo 8º, nº4, *in fine*).

No entanto, prevê o legislador (no nº2 do artigo 6º) três situações em que as directivas antecipadas de vontade "não devem ser respeitadas", ou seja, situações nas quais a obrigação de quem presta cuidados de saúde é, em tais casos, a de não respeitar o documento. Assim será quando:

- i. Se comprove que o outorgante não desejaria manter as directivas antecipadas de vontade constantes de documento que tenha outorgado;
- ii. Se verifique evidente desactualização da vontade do outorgante face ao progresso dos meios terapêuticos, entretanto verificado;
- iii. As directivas antecipadas de vontade não correspondam às circunstâncias de facto que o outorgante previu no momento da sua assinatura.

Existe uma situação em que o prestador de cuidados de saúde "não tem o dever de ter em consideração" as directivas antecipadas de vontade: em caso de "urgência ou de perigo imediato para a vida do paciente" e em que o acesso às directivas possa implicar "uma demora que agrave, previsivelmente, os riscos para a vida ou a saúde do outorgante" (artigo 6º, nº4).

Não é tanto um problema de falta de eficácia jurídica do documento em si mesmo, mas trata-se antes de, verificados que sejam certos pressupostos, permitir prestar cuidados de saúde sem que, previamente, se averigue se existem, ou não, directivas antecipadas de vontade; ou, caso se saibam que existem mas por alguma razão se desconheça o seu conteúdo, permitir prestar cuidados de saúde sem verificar, previamente, o seu conteúdo. Seja como for, estamos perante situações nas quais é permitido prestar cuidados de saúde sem conhecer o conteúdo de eventuais directivas antecipadas de vontade.

Deste artigo 6º, nº4 parece lícito retirar duas outras ideias. Uma, *a contrario sensu*, é a de que, pese embora se possa ter iniciado a prestação de cuidados de saúde sem 'ter em consideração' directivas antecipadas de vontade (exatamente porque no momento do início da prestação de tais cuidados de saúde se verificavam os pressupostos enunciados no nº4 do artigo 6º), ainda assim, logo que sejam entregues (eventuais) directivas antecipadas de vontade aos prestadores de cuidados médicos, deverão estes (a partir de tal momento) passar a prestá-los, ou deixar de os prestar, em harmonia com o teor do documento que lhe for presente.

A outra ideia - talvez mais ténue ou subtil, mas que se ousa referir - pode ser a de que o nº4 do artigo 6º parte do pressuposto de que se espera do prestador de cuidados de saúde que este diligencie no sentido de verificar a eventual existência de directivas antecipadas de saúde que possam não estar registadas no RENTEV (uma vez que, quanto a estas últimas, tal obrigação legal de o prestador de cuidados de saúde⁷¹⁸ se 'assegurar da existência de directivas antecipadas' resulta directamente do artigo 17º, nº1).

Finalmente, outra questão merecedora de referência é a do artigo 7º, sob a epígrafe: "Prazo de eficácia do documento" e que mereceu supra tratamento autónomo a propósito da actualidade da vontade do outorgante do documento de directivas antecipadas de vontade.

3. A possibilidade de representação legal – procurador e procuração de cuidados de saúde

3.1. Considerações gerais

No Capítulo III (artigos 11º, 12º, 13º e 14º), a Lei nº25/2012 regula a matéria do "procurador" e da "procuração de cuidados de saúde".

No artigo 11º confere-se a possibilidade de qualquer pessoa poder "nomear um procurador de cuidados de saúde, atribuindo-lhe poderes representativos para decidir sobre os cuidados de saúde a receber, ou a não receber, pelo outorgante, quando este se encontre incapaz de expressar a sua vontade pessoal e autonomamente", devendo o procurador nomeado preencher os requisitos de capacidade indicados no artigo 4º (a que acima se fez referência)⁷¹⁹.

Estão impedidos de ser nomeados procurador de cuidados de saúde (artigo 11º nº3):

- i. Os funcionários do RENTEV;
- ii. Os funcionários do cartório notarial que intervenham nos atos regulados na Lei nº25/2012;

⁷¹⁸ A lei (artigo 17º, nº1) fala em "médico responsável pela prestação de cuidados de saúde", mas parece razoável impor tal obrigação a qualquer prestador de cuidados de saúde (o/a enfermeiro/a, por exemplo) em situações em que não exista "médico".

⁷¹⁹ Tais requisitos de capacidade também são impostos a quem nomear procurador de cuidados de saúde, o que já resultava do artigo 4º, mas que o legislador quis deixar claro na redacção que conferiu ao nº2 do artigo 11º ("só podem nomear e ser nomeadas...").

- iii. Os proprietários e os gestores de entidades que administram ou prestam cuidados de saúde⁷²⁰.

As decisões tomadas pelo procurador de cuidados de saúde devem ser respeitadas, desde que "dentro dos limites dos poderes representativos que lhe competem" (artigo 13º nº1), prevalecendo sempre a vontade do outorgante de documento de directivas antecipadas de vontade, quando exista conflito entre esta vontade e a do procurador (nº 2 do artigo 13º).

Quanto à procuração de cuidados de saúde "é o documento pelo qual se atribui a uma pessoa, voluntariamente e de forma gratuita, poderes representativos em matéria de cuidados de saúde, para que aquela os exerça no caso de o outorgante se encontrar incapaz de expressar de forma pessoal e autónoma a sua vontade" (artigo 12º, nº1).

O nº2 do artigo 12º vem esclarecer que à procuração de cuidados de saúde é "aplicável, com as necessárias adaptações, o disposto nos artigos 262º, 264º e nos nºs 1 e 2 do artigo 265º do Código Civil". Tal asserção torna desnecessário o artigo 14º⁷²¹, que apenas vem repetir os princípios da livre revogabilidade da procuração para cuidados de saúde (já aplicável *ex vi* do artigo 265º nº2 do Código Civil) e da extinção da procuração por renúncia do procurador (igualmente aplicável *ex vi* do artigo 265º nº1 do Código Civil).

Nesta referência expressa à aplicabilidade, com as necessárias adaptações, do disposto nos artigos 262º, 264º e nos nºs 1 e 2 do artigo 265º do Código Civil à procuração de cuidados de saúde não se pode ver impedimento da aplicação de outros preceitos (nomeadamente do Código Civil) relativos à representação e ao mandato⁷²².

Ainda uma nota relativamente ao 'inconveniente'⁷²³ apontado à figura do procurador de cuidados de saúde, a saber: a circunstância de a decisão poder vir a ser tomada por alguém que não o próprio paciente, sem garantias de que exista perfeita coincidência entre a decisão do procurador e a vontade do paciente.

Parece-nos que o risco é mínimo, atendendo aos seguintes factores:

⁷²⁰ Com excepção das pessoas que "tenham uma relação familiar com o outorgante", que podem ser nomeadas procurador de cuidados de saúde (artigo 11º nº4).

⁷²¹ Excepção feita, talvez, à parte final do nº2 do artigo 14º, quando impõe ao procurador que 'informe, por escrito, o outorgante'.

⁷²² Como melhor se defenderá *infra*, a propósito de uma aproximação à caracterização jurídica da procuração de cuidados de saúde.

⁷²³ Como lhe chama Vera Lúcia Raposo, *No dia em que a morte chegar (decifrando o regime jurídico das directivas antecipadas de vontade)*, op. cit., p.84.

- a) O procurador é, obviamente, escolhido pelo próprio paciente (artigo 11º nº1);
- b) Está excluída a nomeação de pessoas que intervenham profissionalmente na realização da DAV e na prestação de cuidados de saúde (artigo 11º nº3);
- c) Permite-se a coexistência da procuração para cuidados de saúde com o 'testamento vital', o que sempre permite aquilatar da real vontade do paciente (à qual se deve sempre dar primazia – cf. artigo 13º nº2).

Aliás, a doutrina maioritária vem perfilhando este entendimento de que, pese embora a decisão possa não vir a ser tomada pelo próprio, ainda assim a escolha de um procurador de cuidados de saúde é manifestação da autonomia pessoal⁷²⁴.

3.2. Procurador de cuidados de saúde: representante ou núncio?

Mesmo antes da publicação e entrada em vigor da Lei nº25/2012 de 16 de Julho, já alguma doutrina admitia a figura do procurador e da procuração de cuidados de saúde⁷²⁵.

A Lei nº25/2012 veio colocar fim a qualquer dúvida que se pudesse suscitar quanto à sua admissibilidade, dedicando um capítulo ao "Procurador e procuração de cuidados de saúde" (artigos 11º, 12º, 13º e 14º).

E, nos termos do artigo 12º nº1, diz-se que através da procuração se atribuem a uma pessoa (procurador) "poderes representativos em matéria de cuidados de saúde, para que aquela os exerça no caso de o outorgante se encontrar incapaz de expressar de forma pessoal e autónoma a sua vontade".

Acontece, porém, que pese embora a terminologia utilizada pelo legislador ("poderes representativos"), não nos parece totalmente pacífica a qualificação do procurador de cuidados de saúde como representante.

⁷²⁴ Neste sentido: Vera Lúcia Raposo, No dia em que a morte chegar, *op.cit.*, p.84; *Directivas Antecipadas de Vontade...*, *op. cit.*, pp. 178, 184; João Carlos Loureiro, *Metáfora do Vegetal ou Metáfora do Pessoal? Considerações jurídicas em torno do estado vegetativo crónico*, in *Cadernos de Bioética*, 8, 1994, p.41; André Gonçalves Pereira, *op.cit.*, pp. 250, 251.

⁷²⁵ Assim, por exemplo: André Gonçalo Dias Pereira, *ob. cit.*, pp. 250 e ss.; Rui Nunes e Helena Pereira de Melo, *ob. cit.*, pp. 158-160; Paula Távora Vítor, *Procurador para Cuidados de Saúde - Importância de Um Novo Decisor*, in *Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 1, nº1, Coimbra Editora, 2004, pp. 121-134; João Carlos Loureiro, *ibidem*.

E não são só os diversos exemplos de pouco rigor do legislador⁷²⁶ que nos permitem tal dúvida. Trata-se de algo mais complexo e tem que ver com a distinção, aparentemente fácil de enunciar, entre representante e núncio.

Enquanto o representante realiza o acto (ou negócio), emitindo uma declaração própria em nome do representado⁷²⁷ (cfr. artigo 258º do Código Civil), o núncio transmite uma declaração da autoria de outrem que, portanto, não resulta da sua vontade, sendo assim, um mero meio de que se serve o principal (cfr. artigo 250º do Código Civil)⁷²⁸. Por isso: *per nuncium, quasi per literas*.

No caso do procurador de cuidados de saúde, a questão a clarificar é a de saber qual o papel e relevância da vontade daquele. Dito de outra forma, se para a distinção (entre núncio e representante) se entender determinante a relação interna com o *dominus* (outorgante da procuração), qual o "espaço" existente para uma decisão própria do "intermediário" (procurador).

A questão parece-nos pertinente, atenta a natureza pessoalíssima dos direitos de personalidade envolvidos. Dada a sua complexidade, é merecedora de estudo e reflexão autónomos, que a presente dissertação não comporta.

De qualquer modo, dá-se aqui conta que JOSÉ GONZÁLEZ⁷²⁹ pronuncia-se no sentido de que o procurador não é um simples núncio, mas sim um “representante voluntário”⁷³⁰, “porque, devendo embora levar em conta os valores vitais perfilhados pelo outorgante para fazer as opções que lhe cabem, goza de uma margem mais ou menos ampla de actuação”.

O mesmo autor adianta ainda duas outras asserções sobre a figura do procurador de cuidados de saúde que, pela sua acuidade e consequências, merecem destaque.

Afirma que, “ao aceitar a procuração, o representante deve atuar no interesse do representado”, acrescentando que “(n)ão goza de numa mera faculdade de agir, mas

⁷²⁶ V. infra o capítulo XI da presente dissertação.

⁷²⁷ Vera Lúcia Raposo sustenta que o procurador de cuidados de saúde ‘interpreta a suposta vontade do representado de acordo com os seus valores e objectivos’ – *Directivas Antecipadas de Vontade: em busca da lei perdida*, op.cit., p. 175.

⁷²⁸ Acompanha-se aqui de perto Raúl Guichard, *Sobre a Distinção entre Núncio e Representante*, in *Scientia Iuridica*, Julho-Dezembro de 1995, Tomo XLIV, Números 256/258, Braga, pp. 317-329.

⁷²⁹ Op.cit., pp.140, 141.

⁷³⁰ A representação voluntária funda-se na celebração de um negócio jurídico unilateral, a saber: a procuração.

encontra-se antes vinculado a obrar no sentido predefinido, quando tal se tornar indispensável”⁷³¹.

Antes de mais, dir-se-á que para a procuração ser eficaz não é necessária a aceitação⁷³², pelo que o beneficiário tem de renunciar a ela no caso de não querer ser procurador (cf. artigo 265.º, n.º 1, do CC), isto é, estamos perante um negócio jurídico unilateral⁷³³. Trata-se de um negócio jurídico unilateral receptício (ou recipiendo), cujo destinatário, de acordo com a melhor doutrina⁷³⁴, é o terceiro com quem o representante contrata em nome do representado, e não o representante⁷³⁵.

Ademais, defende ainda o referido autor que, pese embora, em geral, os poderes concedidos ao mandatário encerrem a faculdade de substabelecer ou submandatar (artigo 1165º do CC), isso é “inadmissível” no que diz respeito à procuração de cuidados de saúde, por esta possuir carácter pessoalíssimo.

A tese parece-nos defensável de *jure constituendo*, mas já não perante o regime legal resultante do artigo 12º n.º2 da Lei nº25/2012 (pelo menos perante a literalidade do referido preceito). É que ali se diz que à procuração de cuidados de saúde é aplicável, com as necessárias adaptações, o disposto nos artigos 262.º, 264.º e nos n.ºs 1 e 2 do artigo 265.º do Código Civil. Ora, o artigo 264º n.º1 do CC dispõe que o procurador pode fazer-se se a faculdade de substituição resultar do conteúdo da procuração. Dito de outra forma: o mandante pode, no texto da procuração, conferir ao mandatário a faculdade de se fazer substituir, substabelecendo em terceiro.

Não se ignora que o citado artigo 12º n.º2 da Lei nº25/2012 manda aplicar o regime dos artigos 262º, 264º e 265º n.ºs 1 e 2 do CC, “com as necessárias adaptações”. No entanto, não pode igualmente ignorar-se que ao legislador teria sido fácil (se fosse essa a sua

⁷³¹ *Op.cit.*, p.145.

⁷³² João Nuno Calvão da Silva, *Procuração (artigo 116.º do Código do Notariado e artigo 38.º do Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março)*, (Em linha), (Consultado em 16.05.2016), disponível em http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idsc=64444&ida=64453.

⁷³³ Carlos Alberto da Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª edição (por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto), Coimbra Editora, 2005,

⁷³⁴ Neste sentido, v. Ferrer Correia, “*A procuração na teoria da representação voluntária*”, in *Estudos Jurídicos*, II – Direito civil e comercial. Direito criminal, 2.ª edição, (reimpressão), Coimbra, 1995, págs. 30-32.

⁷³⁵ Para Januário Gomes, o destinatário natural da procuração é o representante, o qual não pode prevalecer-se dos poderes conferidos enquanto não receber a procuração ou tiver conhecimento desses poderes. No entanto este autor reconhece: “embora a relação de representação respeite apenas ao representado e ao representante, é perante terceiros que a mesma está mediatamente destinada a operar”. V. Manuel Januário da Costa Gomes, *Em tema de revogação do mandato civil*, Coimbra, 1989, pág. 237.

intenção) afastar a possibilidade de substabelecimento de poderes, utilizando, para a referência ao artigo 264º, a mesma técnica que usou quando se referiu ao artigo 265º, aqui referindo que são aplicáveis os nºs 1 e 2 e não, por consequência, o nº3. Bastaria, portanto, que ao referir-se ao artigo 264º, dissesse: “264º nº4” (já que os números 1, 2 e 3 regulam a possibilidade de substituição).

Ou seja, parece que o legislador português quis permitir expressamente a possibilidade de o procurador de cuidados de saúde poder substabelecer em terceiro os poderes que lhe foram conferidos, opção que não deixa de ser, no mínimo, estranha. Com efeito, como compreender esta solução legislativa, face ao regime constante da Lei nº25/2012, segundo o qual o “outorgante pode nomear um segundo procurador de cuidados de saúde, para o caso de impedimento do indicado”? (artigo 11º nº5). É que esta limitação parece agasalhar-se em ideias de cautela, atenta a natureza pessoalíssima dos bens jurídicos em causa – um segundo mandatário escolhido pelo próprio mandante só pode intervir em caso de impedimento do primeiro procurador. Mas este pode escolher uma terceira pessoa (à revelia do próprio mandante) para o substituir?...

CAPÍTULO X – DECLARAÇÕES ANTECIPADAS DE VONTADE EM MATÉRIA DE CUIDADOS DE SAÚDE: PRECISÃO DE CONCEITOS E NATUREZA JURÍDICA

1. O “testamento vital”: natureza jurídica

Cuidar-se-á, antes de mais, de saber se o consentimento / dissentimento (em sede de direitos de personalidade e direitos fundamentais) deve ser considerado:

- como acto não negocial, ou seja, simples acto jurídico consistente numa declaração produtora dos efeitos previstos na lei, *i.e.*, um ‘quase-negócio-jurídico’ (*rechtsgeschäftsähnliche Handlungen*) ;
- ou como negócio jurídico, seja negócio unilateral, seja contrato.

Parte da doutrina e jurisprudência alemãs entendem estar-se perante um verdadeiro negócio jurídico, havendo mesmo quem considere existir um “contrato e autorização” (*Gestattungsvertrag*)⁷³⁶.

Parece, no entanto, razoável pensar que a resposta dependerá de diversos aspectos, nomeadamente: do direito de personalidade em concreto (*i.e.*, do bem ou bens de personalidade em presença), do objecto do consentimento (ou dissentimento)⁷³⁷, do tipo ou grau de limitação concedido, da forma como o consentimento na limitação se exterioriza.

Assim, a doutrina nacional que se tem debruçado sobre a questão entende estarmos normalmente perante um negócio jurídico nas situações de consentimento vinculante e de consentimento autorizante^{738 739}.

Mas há que atender a outros tipos de consentimento, como é o caso do consentimento informado para o acto médico (consentimento meramente tolerante), que tem sido

⁷³⁶ Nas manifestações não negociais Oliveira Ascensão distingue os actos jurídicos em sentido restrito (em que há apenas vontade do movimento corpóreo) da declaração (em que há a consciência e vontade da declaração como tal) – v. *Direito Civil, II, op.cit.*, pp. 22, 43.

⁷³⁷ Assim, Geraldo Rocha Ribeiro, *op.cit.*, p.176.

⁷³⁸ Cfr. P. Mota Pinto, *A limitação voluntária..., op. cit.*, p. 537.

⁷³⁹ Há quem a denomine ‘declaração semelhante a um mandato’ (Ana Sobral, *op.cit.*, p. 62), o que só pode resultar de manifesto lapso, pois que tal pressuporia a redução da declaração antecipada de vontade à figura do procurador de cuidados de saúde.

considerado pela doutrina como “acto jurídico em sentido estrito”⁷⁴⁰, “acto jurídico unilateral”⁷⁴¹, quase-negócio jurídico ou acto jurídico quase-negocial⁷⁴² (esta última qualificação reservada normalmente pela doutrina para situações que envolvam outros direitos de personalidade, com exclusão daqueles em causa no respeitante a actos médicos)⁷⁴³. Quando estela em causa o aproveitamento económico de direitos de personalidade, a doutrina qualifica-o como negócio jurídico unilateral ou verdadeiro contrato de autorização⁷⁴⁴

VAZ SERRA afirma que o “consentimento do lesado” é um negócio jurídico unilateral, “ou, pelo menos, um acto análogo aos negócios jurídicos”⁷⁴⁵.

A pensar no consentimento a que se reporta o nº 1 do artigo 340º do Código Civil, PESSOA JORGE diz que o mesmo se exprime através da autorização (“acto pelo qual o titular de uma esfera jurídica permite que outrem nela se intrometa”), esclarecendo que a autorização é acto jurídico unilateral, normalmente dada sob a forma de acto permissivo⁷⁴⁶.

Como simples acto jurídico são-lhe aplicáveis as disposições gerais dos negócios jurídicos, “na medida em que a analogia das situações o justifique” (artigo 295º do Código Civil)⁷⁴⁷, nomeadamente em matéria de legitimidade⁷⁴⁸ e de requisitos de vontade correctamente formada e exteriorizada.

No caso do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, P. MOTA PINTO entende que a autorização para a limitação voluntária deve ser considerada “um negócio jurídico, seja quando integrada num verdadeiro contrato de autorização ... seja como negócio unilateral (previsto justamente no artigo 81º)”, uma vez que “o enquadramento como «simples acto jurídico» não daria ... conta do verdadeiro significado jurídico da autorização, a qual, aliás não apenas exprime o direito de autodeterminação do titular, mas

⁷⁴⁰ A favor da qualificação do consentimento como acto jurídico em sentido estrito, v. Dias Pereira, *O Consentimento Informado...*, *op.cit.*, p. 136; João Vaz Rodrigues, *op.cit.*, p.423; Capelo de Sousa, *O Direito Geral de Personalidade, op.cit.*, p.412.

⁷⁴¹ Capelo de Sousa, *O Direito Geral...*, *op. cit.*, p. 411;

⁷⁴² Dias Pereira, *idem*, p. 137; Ewald Hörster, *A Parte Geral...*, *op. cit.*, p. 208.

⁷⁴³ Geraldo Rocha Ribeiro, *op.cit.*, p.176.

⁷⁴⁴ Capelo de Sousa, *op.cit.*, p.408, n.1022; Paulo Mota Pinto, *A limitação voluntária...*, *op. cit.*, p.537.

⁷⁴⁵ Adriano Paes da Silva Vaz Serra, *Causas Justificativas do Facto Danoso*, in Boletim do Ministério da Justiça, nº 85, Abril, 1959, p. 106.

⁷⁴⁶ Fernando Pessoa Jorge, *Ensaio...*, *op. cit.*, pp. 269-271.

⁷⁴⁷ Também neste sentido, José González, *op.cit.*, p.137.

⁷⁴⁸ Cf., porém, os artigos 71º nº 3 e 73º, do Código Civil.

é também, muitas vezes, o meio legítimo para explorar economicamente, comercializando, informações protegidas”⁷⁴⁹.

Pode ainda curar-se de saber se a declaração incorporada no negócio unilateral é receptícia ou se, pelo contrário, produz efeitos logo que é emitida⁷⁵⁰. Parece mais adequada à normal natureza *intuitus personae* do consentimento, a exigência de recepção para eficácia da declaração limitativa, não se compreendendo uma limitação voluntária do direito genérica. Nesse sentido, o artigo 81º nº 2 do Código Civil, refere-se expressamente à obrigação de indemnização “dos prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte”. JÜRGEN HELLE⁷⁵¹ entende que a autorização, enquanto elemento negativo do tipo, é uma declaração de vontade receptícia, integrante de um negócio jurídico, na medida em que tem como finalidade a atribuição a outra pessoa de um poder jurídico de tomada de conhecimento ou de divulgação dos factos.

HORSTER⁷⁵², em posição que subscrevemos, esclarece que, muito embora o negócio jurídico e o acto jurídico em sentido estrito resultem ambos da vontade humana, a verdade é que:

- a) O negócio jurídico produz os seus efeitos porque estes foram queridos pela vontade, sendo pois um “acto volitivo-final quanto aos efeitos previstos; é um acto criador a respeito de conformação de relações jurídico-privadas”;
- b) O acto jurídico em sentido estrito produz os seus efeitos independentemente da vontade; pode existir coincidência entre a vontade e os efeitos, mas “falta o elemento volitivo-final quanto aos efeitos”, uma vez que estes se produzem em resultado da lei.

O acordo ou o consentimento ou dissentimento verificado em sede de cuidados de saúde, exprime-se por uma declaração que – com excepção das situações de mero consentimento tolerante – deve considerar-se uma declaração negocial, um negócio jurídico. Com efeito, o consentimento (e o dissentimento) resulta de uma declaração de vontade expressa como manifestação do domínio sobre a esfera pessoal de cada um, sendo no seu interesse que são integradas as declarações de vontade sobre a disposição dos direitos em causa.

⁷⁴⁹ A limitação voluntária..., *op. cit.*, p. 537.

⁷⁵⁰ Esta questão não se confunde, naturalmente, com a necessidade do conhecimento da declaração para o destinatário dos seus efeitos a poder invocar.

⁷⁵¹ Citado por P. Mota Pinto, *A limitação voluntária..., op. cit.*, p. 538.

⁷⁵² *A Parte Geral do Código Civil Português, op. cit.*, p.206.

Não parece, pois, possível afastar a natureza do consentimento (em matéria de cuidados de saúde) como negócio jurídico, não fazendo sentido tentar qualifica-lo como um *tertium genus*, uma vez que o âmbito de abstracção do negócio jurídico é suficientemente amplo para incluir as especificidades da declaração antecipada de vontade.

Conclui ROCHA RIBEIRO que o “consentimento é uma declaração de vontade preordenada à produção de efeitos jurídicos e, como tal, qualifica-se como negócio jurídico (ou acto jurídico análogo a este), cujas particularidades do objecto consentido influem no seu regime jurídico”^{753 754}.

Ora, algumas de tais particularidades estão expressamente previstas no Código Civil, nomeadamente nos artigos 81º e 340º, já analisados supra.

Sintetizando, pode afirmar-se que a directiva antecipada de vontade é negócio jurídico unilateral e unipessoal. Na verdade, a produção dos seus efeitos pretendidos pelo seu autor depende de a vontade a eles se ter dirigido. Por outro lado, tem natureza pessoal atento carácter pessoalíssimo da declaração de vontade ali inserta. Ademais, a unilateralidade resulta de ter apenas um único interveniente.

Além do mais, trata-se de acto não receptício^{755 756}, porquanto a produção dos seus efeitos não depende do seu conteúdo ser declarado perante outrém⁷⁵⁷. Se o médico ou os membros da equipa responsável pelos cuidados de saúde não foram informados acerca da sua existência, não poderá dar-lhe cumprimento, mas neste caso estamos perante um problema de “eficiência”⁷⁵⁸.

Alguma doutrina alemã⁷⁵⁹ afasta a qualificação do consentimento como negócio jurídico, entendendo que aquele contem especificidades próprias, nomeadamente a irretroactividade dos efeitos da revogação, a não aplicação da doutrina do erro e os requisitos da capacidade

⁷⁵³ Geraldo Rocha Ribeiro, *op.cit.*, p.177.

⁷⁵⁴ No mesmo sentido, embora com algumas reservas, C. Liliana Soto Gómez, *Manifestaciones Anticipadas de la Voluntad: una propuesta filosófica legitimadora desde el pensamiento utilitarista de Herbert Spencer y John Stuart Mill*, Tesis para obtener el título de licenciada en Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., Janeiro de 2007, pp.28, 31, 32.

⁷⁵⁵ Também quanto a este aspecto acompanhamos José González, *op.cit.*, p.138.

⁷⁵⁶ Tradicionalmente, na Faculdade de Direito de Lisboa, fala-se em declarações negociais recipiendas e não recipiendas, por se considerar esta terminologia “ mais consentânea com o étimo das expressões”. V. Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil, I, Parte Geral, Tomo I, op.cit.*, p.. 548.

⁷⁵⁷ Nomeadamente perante o médico ou os membros da equipa responsável pelos cuidados de saúde.

⁷⁵⁸ José González, *op.cit.*, p.138.

⁷⁵⁹ Ao que parece, acompanhada pelo BGH em acórdão de 19 de Novembro de 1997.

de agir⁷⁶⁰. Tal doutrina pretende, no fundo, afastar do consentimento as disposições relativas aos negócios jurídicos patrimoniais que possam condicionar a plena autodeterminação dos titulares de direitos de personalidade⁷⁶¹.

No entanto, a posição de tal doutrina deve-se sobretudo ao facto de que no ordenamento jurídico alemão (em particular no BGB, não existem disposições legais expressas sobre o consentimento, tais como os artigos 81º e 340º do Código Civil.

OHLY⁷⁶², afastando-se, de certo modo, da referida doutrina, vem defender que, independentemente da posição que se adopte (a favor ou contra a qualificação do consentimento como negócio jurídico), o resultado é idêntico, apenas diferindo o ponto de partida e o método interpretativo (redução teleológica das disposições do negócio jurídico, aplicação analógica á doutrina dos negócios jurídicos ou regulamentação *ad hoc*). Conclui, no entanto – e parece-nos que bem – por apontar como vantagem da qualificação do consentimento como negócio jurídico, a possibilidade de tal entendimento fornecer um ponto de partida seguro para a resolução de problemas associados ao consentimento, ao invés de expor os riscos de regulamentação e eficácia do consentimento à imprevisibilidade de criação de direito *ad hoc*.

Assim, a natureza do consentimento em matéria de cuidados de saúde, enquanto “negócio jurídico pessoal atípico”⁷⁶³, no que concerne à sua regulamentação legal, aproxima-se do disposto no artigo 295º do CC, muito embora seja necessário operar a adaptação ou correcção de tal regime jurídico, tendo em atenção a especificidade de seu particular objecto (direitos de personalidade), por oposição à doutrina patrimonial do negócio jurídico.

Está, por isso, sujeita ao regime geral previsto no Código Civil, nomeadamente ao princípio da liberdade declarativa (artigo 217º nº 1 do CC) e ao princípio da liberdade de forma (artigo 219º do CC). Pode, por isso, ser conferida expressa ou tacitamente, por um

⁷⁶⁰ Erwin Deutsch e Andreas Spickhoff, *Medizinrecht – Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinproduktrecht und Transfusionsrecht*, 6 Auflage, Heidelberg, Springer 2008, p.168, *apud* Geraldo Rocha Ribeiro, *op.cit.*, p. 178.

⁷⁶¹ Não se pode comparar o consentimento prestado para uma intervenção na integridade física com um contrato de compra e venda de pão, explicam – *cf.* Erwin Deutsch e Andreas Spickhoff, *op.cit.*, p.168, *apud* Geraldo Rocha Ribeiro, *op.cit.*, p. 178.

⁷⁶² Ansgar Ohly, *Volenti non fit iniuria: Die Einwilligung im Privatrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2002, pp. 201-206, 469, *apud* Geraldo Rocha Ribeiro, *op.cit.*, p. 178.

⁷⁶³ *Idem*, p.177.

comportamento concludente e não carece de forma escrita⁷⁶⁴. Nos casos em que surjam dúvidas quanto a saber se se está na verdade perante um consentimento tácito, deverão as mesmas ser resolvidas de harmonia com os critérios gerais de interpretação da declaração negocial, aplicáveis à determinação da concludência do comportamento.

No caso específico das declarações antecipadas de vontade em matéria de cuidados de saúde, face ao regime legal instituído pela Lei nº25/2012, devem aquelas ser consideradas declarações negociais, unilaterais⁷⁶⁵, não receptícias e sujeitas a forma especial.

Igualmente tendo em atenção a natureza dos interesses envolvidos, impõe-se especial cautela na interpretação da declaração limitativa e determinação dos seus efeitos. Por outro lado, em princípio não serão de admitir declarações de consentimento genérico ou sem qualquer limitação temporal⁷⁶⁶.

A declaração de limitação voluntária pode ser anulada ou ser objecto de declaração de nulidade, com fundamento nas regras sobre a incapacidade ou falta ou vício da vontade⁷⁶⁷, ou com fundamento na sua ilicitude ou contrariedade à ordem pública ou aos bons costumes. Assim, a limitação tem que ser declarada sem divergência, intencional (por simulação, reserva mental e declarações não sérias) ou não intencional (por coacção física, falta de consciência da declaração, erro na declaração e erro na transmissão), com a vontade e esta tem de ter sido formada sem vícios nos termos gerais dos negócios jurídicos⁷⁶⁸).

O consentimento só será ineficaz quando ocorra um vício no consentimento (nomeadamente por erro do respectivo titular, ou por não resultar de vontade livre esclarecida), ou ainda quando exista violação da ordem pública ou dos bons costumes (artigo 340º nº2 do CC), nos termos já abordados *supra*. Estas cláusulas (da ordem pública e dos bons costumes) funcionam *a posteriori* relativamente ao momento em que o consentimento é manifestado, validando-o, ou não. Não existe, pois, a necessidade de

⁷⁶⁴ Nesse sentido, *cfr.* P. Mota Pinto, *A limitação voluntária...*, *op.cit.*, p. 539 e também Ewald Hörster, *A Parte Geral...*, *op. cit.*, p. 269.

⁷⁶⁵ Até mesmo a eficácia da procuração não depende de aceitação. Nesse sentido, v. João Nuno Calvão da Silva, *Procuração (artigo 116.º do Código do Notariado e artigo 38.º do Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março)*, consultável em http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idsc=64444&ida=64453.

⁷⁶⁶ Assim, P. Mota Pinto, *A limitação voluntária...*, *op. cit.*, p. 540, quanto ao direito à reserva sobre a intimidade da vida privada.

⁷⁶⁷ Aplicáveis directamente ou, quando se entenda não se tratar de um negócio jurídico, por força do disposto no artigo 295º do Código Civil.

⁷⁶⁸ *Cf.* Capelo de Sousa, *O Direito Geral...*, *op. cit.*, p. 407, n. 1021.

construção expressa e tipificada das condutas ilícitas em matéria de consentimento (e dissentimento) – ao contrário do que se verifica no direito penal -, reservando-se uma ampla liberdade de actuação a cada pessoa⁷⁶⁹.

2. Sequência: proposta de alteração terminológica

Generalizou-se a utilização das designações testamento vital, testamento de vida (*living will*), testamento biológico, testamento em vida, testamento de paciente e até cláusulas testamentárias em vida⁷⁷⁰.

Percebe-se claramente a influência histórica da designação *living will*, mas não se partilha do entusiasmo que rodeou a sua recepção (e tradução literal) sem mais no nosso ordenamento jurídico (*cfr.* a epígrafe da Lei nº25/2012, bem como os artigos 1º e 2º, onde o termo é empregue).

É verdade que, à semelhança do que ocorre na sucessão testamentária, estamos perante um acto (declaração) pessoal, unilateral e revogável, através do qual uma pessoa expressa a sua vontade. No entanto, ao contrário do que acontece no testamento, as disposições inseridas nesta declaração de que nos ocupamos são apenas de carácter não patrimonial⁷⁷¹ e, por outro lado, destinam-se a ser válidas em período anterior à morte do declarante. Este último aspecto afasta-a nitidamente do conceito jurídico de testamento⁷⁷².

Esta espécie (ou tipo) de declaração antecipada de vontade em matéria de cuidados de saúde deveria, mais apropriadamente, ser designada directiva antecipada de vontade. Ora aqui está a figura apropriada para utilizar a expressão directiva. Com efeito, é precisamente no testamento vital que o declarante deixa registadas directivas, instruções.

⁷⁶⁹ Embora o consentimento, enquanto causa de exclusão do tipo de ilícito no âmbito do direito civil, não afaste automaticamente o preenchimento de um tipo legal de crime, como poderá acontecer relativamente a uma conduta atípica no âmbito do direito civil. O que não será admissível é considerar como crime uma conduta lícita à luz do direito civil. Nesse sentido, Geraldo Rocha Ribeiro, *op.cit.*, p.180.

⁷⁷⁰ V., sobre o assunto, Rui Nunes e Helena Pereira de Melo, *op cit.*, pp. 157, 158 *et passim*, onde se defende a designação "cláusulas testamentárias em vida".

⁷⁷¹ O que, só por si, não afastaria de imediato a ideia de testamento, uma vez que este, em sede de sucessões, pode igualmente incluir disposições sem carácter patrimonial (artigo 2179º nº2 do Código Civil).

⁷⁷² Salientando igualmente estas diferenças, v. Inês Godinho, *op.cit.*, pp.128-130; Vera Lúcia Raposo, *Directivas Antecipadas de Vontade: em busca da lei perdida*, *op.cit.*, p.173.

Em suma, o mal apelidado testamento vital deveria ser denominado directiva antecipada de vontade em matéria de cuidados de saúde⁷⁷³.

⁷⁷³ No entanto, José González insurge-se contra o termo ‘directiva’, afirmando que as disposições em causa não passam de “simples orientações”, pelo que devem ser chamadas de “regras a ser acatadas” pela equipa responsável pela prestação de cuidados de saúde (*op.cit.*, p.46).

CAPÍTULO XI – NOTAS CRÍTICAS SOBRE O REGIME LEGAL PORTUGUÊS DAS DECLARAÇÕES ANTECIPADAS DE VONTADE EM MATÉRIA DE CUIDADOS DE SAÚDE

Ao longo do texto, sempre que as questões abordadas o justificavam, foi-se dando conta de algumas divergências relativamente a soluções adoptadas pela Lei nº25/2012. Chegou agora o momento de apontar outros aspectos a merecerem alguma insatisfação.

Antes de mais, o começo algo infeliz da Lei, ao afirmar que "regula as diretivas antecipadas de vontade, designadamente sob a forma de testamento vital, e a nomeação de procurador de cuidados de saúde e cria o Registo Nacional do Testamento Vital (RENTEV)".

Não se compreende a utilização da expressão "designadamente"⁷⁷⁴, advérbio com o sentido de 'nomeadamente, particularmente'⁷⁷⁵. Pretende o legislador dizer que o testamento vital é uma das formas ou espécies de directivas antecipadas, mas o mesmo não sucede com a procuração para cuidados de saúde? Se assim for, em que outras espécies de directivas antecipadas estaria a pensar? Se pensou noutras, porque não as referiu?

É pertinente a dúvida sobre se o legislador pretende dizer que o testamento vital é uma das formas ou espécies de directivas antecipadas, mas o mesmo não sucede com a procuração para cuidados de saúde, atendendo ainda ao teor do artigo 13º nº2 (inserido no Capítulo III, sob a epígrafe “Procurador e procuração de cuidados de saúde”) que reza: *“Em caso de conflito entre as disposições formuladas no documento de diretivas antecipadas de vontade e a vontade do procurador de cuidados de saúde, prevalece a vontade do outorgante expressa naquele documento”*. É manifesta a distinção feita neste preceito entre “documento de directivas antecipadas de vontade” e “procurador de cuidados de saúde” (o que inclui, naturalmente, a respectiva procuração).

Mas se, pelo contrário, o legislador entende que o ‘testamento vital’ e o procurador de cuidados de saúde, são duas modalidades de ‘directivas antecipadas de vontade’, então não deixa de ser estranho que, depois de um capítulo dedicado às ‘directivas antecipadas de vontade’ (capítulo II), insira um capítulo (III) exclusivamente referente ao procurador de

⁷⁷⁴ Repetida no artigo 1º.

⁷⁷⁵ *Dicionário da Língua Portuguesa*, Porto Editora, Porto, 2008, p.528.

cuidados de saúde, sem cum concomitante capítulo específico para o 'testamento vital', como se o capítulo II apenas a este se referisse (o que não parece ser o caso, como se salientou).

Dois reparos sobre o artigo 5º b). Em primeiro lugar a utilização do termo "evitável". Sem prejuízo da posição que se tomou - e de que não se prescinde - tal expressão poderia abranger mais situações além das de eutanásia activa directa e das de suicídio. Parece, pois, desnecessária e eventualmente geradora de confusões.

E o mesmo se diga quanto à utilização, no mesmo preceito, da expressão "morte não natural". Por que razão uma morte "natural" há-de ser uma boa morte⁷⁷⁶? Não são os cuidados paliativos⁷⁷⁷ um claro artificialismo com o objectivo de impedir que a morte "natural" seja uma morte cheia de sofrimento? Não foi Freud quem, em 1930, disse que o homem se tornou "um Deus de prótese"⁷⁷⁸? Não é o homem definido, em contraste com os outros animais, pelo seu 'antinaturalismo'?

O artigo 8º, nº4 permite a modificação ou revogação do documento de directivas antecipadas de vontade através de "simples declaração oral ao responsável pela prestação de cuidados de saúde", acrescentando que deverá "esse facto ser inscrito no processo clínico, no RENTEV, quando aí esteja registado, e comunicado ao procurador de cuidados de saúde". Sem colocar em causa a bondade dos motivos que levaram o legislador a adoptar tal solução, não se percebe como é que uma declaração oral prestada perante um prestador de cuidados de saúde tem o condão de modificar ou revogar um documento que foi elaborado e outorgado com considerável exigência de formalismo e de conteúdo. Quem controla a "declaração oral"? É o prestador de cuidados de saúde que inscreve no RENTAV a modificação ou revogação? Como? Estamos perante uma solução legal de fundamento duvidoso e permeada de lacunas difíceis de suprir.

Além do mais, deparamo-nos, em alguns dos preceitos, com uma técnica legislativa de pouco rigor.

Assim, as alíneas c) e d) do artigo 3º mais não fazem do que repetir, desnecessariamente, o teor do nº1 do artigo 2º.

⁷⁷⁶ Sobre a "boa morte" v. José António Saraiva Ferraz Gonçalves, *op. cit.*

⁷⁷⁷ Referidos expressamente no artigo.

⁷⁷⁸ Sigmund Freud, *O Mal-Estar na Civilização*, trad. José Octávio de Aguiar Abreu, Abril Cultural, S. Paulo, 1978, pp.129-194.

No mesmo artigo 3º, misturam-se requisitos de forma com requisitos essenciais de conteúdo, embora a respectiva epígrafe - "Forma do documento" - nos leve a crer diversamente.

O nº2 do artigo 8º é, no mínimo, desnecessário. Vejamos. A modificação do documento está sujeita à forma prevista no artigo 3º, exactamente por força do teor deste último preceito. Não é necessário que se diga exactamente o mesmo noutro artigo, com a desvantagem de neste outro artigo (o 8º nº2) o legislador se ter esquecido que não só a modificação, mas também a revogação, estão sujeitas à forma prescrita no artigo 3º. A desnecessidade da maior parte do 'corpo' do preceito em análise (o nº2 do artigo 8º), torna igualmente desnecessária a primeira parte - "sem prejuízo do disposto no nº4". Pois se o nº4 é claramente uma excepção à regra do artigo 3º... Em suma: parece-nos provado o carácter espúrio do nº2 do artigo 8º.

No artigo 6º, nº1 atribui-se 'eficácia' ao documento de directivas antecipadas de vontade se "constar do RENTEV" ou se "for entregue à equipa responsável pela prestação de cuidados de saúde pelo outorgante ou pelo procurador de cuidados de saúde". A pergunta que imediatamente se coloca é a seguinte: e se não for entregue pelo outorgante, nem pelo procurador, mas por terceiro? Não tem eficácia? Os prestadores de cuidados de saúde não o 'devem respeitar'? Obviamente que a eficácia de uma declaração antecipada de vontade em matéria de cuidados de saúde não pode ficar dependente da identidade de quem a faz chegar aos prestadores de cuidados de saúde. Isso equivaleria à imposição de uma limitação completamente absurda, sem fundamento e claramente afrontadora do Direito. Desta forma, o preceito em causa deve ser entendido no sentido de que o legislador não faz depender a eficácia da identidade do portador (tendo-se limitado a referir os dois mais prováveis), mas sim do seu efectivo conhecimento⁷⁷⁹ por parte dos prestadores de cuidados de saúde.

Ainda a propósito do artigo 6º, não se percebe o motivo de utilização de termos diferentes, aparentemente para designar a mesma realidade. Assim, no nº2 utiliza-se a expressão "não devem ser respeitadas", mas no nº4 opta-se por "não tem o dever de ter em consideração". A diferença de situações fácticas previstas, respectivamente, no nº2 e no nº4, não justifica a diferença terminológica, uma vez que, quer num caso, quer noutro, o que está em causa é o

⁷⁷⁹ Talvez também acompanhado pela posse do documento, já que o artigo 6º, nº1 fala em 'entrega'.

dever (ou ausência de dever) de respeito pelas declarações ou directivas constantes de documento. É verdade que na situação a que alude o nº4, o prestador de cuidados de saúde nem conhece o conteúdo do documento. Mas, poder-se-ia dizer que, se conhecesse, teria apenas o dever de "ter em consideração"? Ou, pelo contrário, teria obviamente o dever de 'respeitar'?"

O artigo 11º confere a possibilidade de qualquer pessoa "nomear um procurador de cuidados de saúde", sendo que no nº5 permite-se ao outorgante "nomear um segundo procurador de cuidados de saúde, para o caso de impedimento do indicado". Esta medida 'preventiva' do legislador causa a maior perplexidade, nos termos em que ficou consignada na Lei. Parece resultar do preceito, *a contrario sensu*, que não pode nomear-se um terceiro (ou quarto, ou quinto ...) procurador, mesmo que o "segundo" venha igualmente a ficar 'impedido'. A perplexidade aumenta se tivermos em conta que no artigo 12º nº2 se diz que à procuração de cuidados de saúde é aplicável o artigo 264º do Código Civil que prevê a possibilidade de o procurador "fazer-se substituir por outrem se o representando o permitir ou se a faculdade de substituição resultar do conteúdo da procuração". E nem se argumente com o facto de o citado nº2 do artigo 12º conter a indicação que a aplicação do artigo 264º do Código Civil será feita "com as necessárias adaptações". Com efeito, por muitas adaptações em que se pense, o facto é que a epígrafe do artigo 264º do Código Civil é "Substituição do procurador". Vale isto por dizer que, não importa as "adaptações", o mesmo legislador que 'proíbe' um terceiro procurador e que limita a actuação do segundo procurador, permite a substituição do primeiro sem que exista um segundo.

Quanto à extinção da procuração, a que alude o artigo 14º, outras excrescências, perfeitamente inúteis, a saber: o nº1, ao afirmar que a "procuração de cuidados de saúde é livremente revogável pelo seu outorgante" e a primeira parte do nº2 ao dizer que "a procuração de cuidados de saúde extingue-se por renúncia do procurador". A inutilidade resulta da circunstância de tais afirmações já estarem contidas no artigo 11º nº2, que refere ser aplicável o artigo 265º nºs 1 e 2 do Código Civil, onde tal livre revogabilidade e a dita possibilidade de renúncia estão expressamente consagradas.

De aparentemente útil fica apenas a parte final do nº2 do artigo 14º, quando explica que o procurador renunciante "deve informar, por escrito, o outorgante". Questões: a renúncia só opera com a 'informação por escrito' ao outorgante? Em caso afirmativo, a que regras estará sujeita a referida 'informação escrita' para que produza o efeito desejado, *i.e.*, a

renúncia? As da declaração negocial? As da renúncia ao mandato judicial, previstas na lei processual? Sinceramente, parece-nos que a parte final do nº2 do artigo 14º cria mais problemas do que aqueles que talvez pretendesse resolver. É claramente um daqueles casos em que bem se aplica o provérbio popular: "a palavra é de prata, mas o silêncio é de ouro".

O artigo 15º, ao referir-se ao Registo Nacional de Testamento Vital (RENTEV), afirma que este trata de questões relativas ao “documento de directivas antecipadas de vontade e à procuração de cuidados de saúde”, como se estas últimas não fossem uma modalidade de ‘diretivas antecipadas de vontade’.

Bizarra também a circunstância de que a entidade competente para gerir as ‘diretivas antecipadas de vontade’ tenha a designação de Registo Nacional de Testamento Vital, quando no próprio artigo 15º se lhe atribui competências em matéria de procurações aos procuradores de cuidados de saúde.

O artigo 16º nº2 explica como se processa o "registo das diretivas antecipadas de vontade e ou procuração dos⁷⁸⁰ cuidados de saúde", conferindo ao "outorgante" o poder ("pode") de proceder ao registo presencial no RENTEV ou através de "correio registado". A literalidade do preceito parece afastar a possibilidade de o procurador de cuidados de saúde poder registar no RENTEV a respectiva procuração, ao arrepio dos legítimos interesses que ele (procurador) possa ter em proceder a tal registo⁷⁸¹. A ser assim, merece reparo.

No artigo 17º surgem dois aspectos que importa trazer à colação.

O primeiro diz respeito à restrição feita logo no início do nº1 ao "médico"⁷⁸² como aquele que "assegura⁷⁸³ da existência de documento de directivas antecipadas de vontade e ou procuração de cuidados de saúde registados no RENTEV". Não se percebe esta restrição (ao "médico"), uma vez que ao longo de toda a Lei nº25/2012 se utilizam outras

⁷⁸⁰ Nas anteriores referência da Lei nº25/2012 a esta procuração utiliza-se sempre a preposição "de", ao invés de "dos". Não parece haver diferença de significado, mas a mudança (não justificada) não abona a favor do rigor exigível.

⁷⁸¹ Pense-se, por exemplo, no interesse em saber que a procuração fica registada no RENTEV, dessa forma salvaguardando-se os efeitos de um eventual extravio do documento (procuração) em poder do procurador.

⁷⁸² A única outra referência da lei a "médico" encontra-se no artigo 3º, nº2, mas num contexto muito diferente daquele em que a questão agora é abordada.

⁷⁸³ Não se explica como se processa e executa este dever de 'assegurar'. Curioso é que, por sugestão do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, a Portaria que regulamenta a organização e funcionamento do Registo Nacional do Testamento Vital (Portaria n.º 96/2014, de 5 de maio, publicada no Diário da República, 1ª série, nº85 de 5 de maio de 2014) adoptou a terminologia “verifica a existência”, em vez de “assegura da existência”.

expressões: "equipa responsável pela prestação de cuidados de saúde" (artigo 6º, nºs 1 e 4), "responsável pelos cuidados de saúde" (artigo 6º, nº3; artigo 8º, nº4), "profissionais que prestam cuidados de saúde" (artigo 13º, nº1), "profissional de saúde" (artigo 9º nºs 1 e 2). Existe algum motivo para a mudança aparentemente operada pelo legislador, ao deixar de se referir a prestadores de cuidados de saúde (ou profissionais de saúde) e optar por restringir tal 'poder' ao médico? Em caso afirmativo, qual é o motivo? Nos casos concretos em que não esteja nenhum médico na equipa que presta cuidados de saúde, não pode algum dos seus membros 'assegurar' da existência de directivas ou de procuração junto do RENTEV?

A pertinência das questões enunciadas supra ressalta da circunstância de a Ordem dos Enfermeiros ter dirigido um ofício Secretário de Estado Adjunto do Senhor Ministro da Saúde no qual expressa a sua apreensão pelo facto de os enfermeiros terem sido administrativamente excluídos do acesso ao Registo Nacional do Testamento Vital. Esta situação foi considerada de relevância suficiente para que o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida tivesse emitido Parecer sobre a matéria, datado de 22 de Maio de 2015⁷⁸⁴, no qual se pode ler:

“Considerando:

- 1. O respeito pelo princípio do primado do ser humano, nomeadamente quanto ao exercício da sua liberdade de escolha dos cuidados de saúde e, em concreto, no respeito pela sua autonomia em determinar quais os cuidados que deseja ou não receber quando se encontre impossibilitado de decidir;*
- 2. O respeito pelo exercício responsável da profissão por cada profissional de saúde, tendo em conta que o acesso à informação de saúde em geral e ao RENTEV em particular constitui uma condição essencial para a sua tomada de decisão no respeito pela vontade anteriormente manifestada pela pessoa em causa,*

O CNECV é de parecer que

⁷⁸⁴ Parecer Nº 82/CNECV/2015 – Relatório e Parecer sobre "Exclusão administrativa dos enfermeiros ao RENTEV", (em linha), (consultado em 15.05.2016), disponível em http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1433870273_Parecer%2082%20CNECV%202015%20Exclusao%20RENTEV%20Aprovado.pdf.

O regime legal das “Diretivas Antecipadas de Vontade” deve ser interpretado no sentido de permitir o acesso ao RENTEV aos profissionais de saúde a quem cabe atender as disposições da pessoa, particularmente médicos e enfermeiros”.

Ademais, no nº3 do citado artigo 17º prevê-se a possibilidade de o outorgante ou o procurador solicitarem ao RENTEV "a consulta ou a entrega de cópia da DAV do outorgante". Estamos perante nova imprecisão do texto legal. Na verdade, já se chamou a atenção para o facto de a lei (epígrafe e artigo 1º) parecer fazer a distinção entre directivas antecipadas de vontade (DAV) e procuração de cuidados de saúde. A manter-se tal distinção⁷⁸⁵, então isso significaria não ser possível (nem ao outorgante, nem ao próprio procurador) obter junto do RENTEV cópia da procuração. Solução manifestamente absurda. A não ser assim - *i.e.*, a entender-se que as "DAV" incluem igualmente a procuração de cuidados de saúde" e que esse é igualmente o entendimento (inconfessado) do legislador - então mantêm-se as críticas já feitas à redacção conferida à epígrafe da Lei nº25/2012 e ao seu artigo 1º.

Uma outra crítica que tem sido apontada ao regime legal português sobre declarações antecipadas de vontade é “o facto de não impor o aconselhamento por um médico aquando da sua redacção”⁷⁸⁶. Na nossa opinião, este argumento não colhe. Antes de mais, porque a lei exige que o conteúdo da DAV seja a expressão da vontade livre esclarecida do seu signatário, o que pressupõe, naturalmente, que este tenha colhido a informação que considerou relevante para tomar uma decisão. Por outro lado, a circunstância de se verificar a presença de um médico no momento da redacção e assinatura da DAV, não é, por si só, garante de que o consentimento (ou dissentimento) aí plasmado seja totalmente informado. Com efeito, “a informação possível de transmitir em cenários abstractos nunca será equivalente àquela disponível num cenário concreto”⁷⁸⁷. Os defensores de tal crítica esquecem ainda que o direito à autodeterminação em matéria de cuidados de saúde inclui igualmente o direito a não ser informado⁷⁸⁸

⁷⁸⁵ Contra a qual já nos manifestámos *supra*.

⁷⁸⁶ Vera Lúcia Raposo, *No dia em que a morte chegar*, *op.cit.*, p.88.

⁷⁸⁷ *Ibidem*.

⁷⁸⁸ No mesmo sentido, v. Michael Kaufl, *Advance Directives – the reform debate in Germany*, in *O Sentido e o Conteúdo do Bem Jurídico Vida Humana*, (coord. José de Faria Costa e Urs Kindhauser), Coimbra Editora, Coimbra, 2013, pp. 173, 174.

As presentes notas críticas não têm por objectivo fazer olvidar o mérito do legislador português em ensaiar uma primeira abordagem sobre as declarações antecipadas de vontade em matéria de cuidados de saúde.

Ao invés, tais notas e observações inserem-se no desejo⁷⁸⁹ de contribuir para a diminuição dos “desfasamentos entre as inovações médicas e a intervenção do legislador”⁷⁹⁰, realidade que em muitos casos se verifica e a propósito da qual é recordada a clássica fábula da lebre e da tartaruga⁷⁹¹, na qual a primeira seria a biomedicina e a segunda o direito. Em bom rigor, conviria reescrever a história, pois neste caso a lebre da biomedicina cortaria a meta antes da tartaruga jurídica.

⁷⁸⁹ Ainda que perfeitamente acompanhado da correspondente habilidade.

⁷⁹⁰ João Carlos Loureiro, *Bios, Tempo(s) e Mundo(s)...*, *op.cit.*, p.509.

⁷⁹¹ Uma das Fábulas de Esopo (620-560 a.C.), posteriormente recontada por Jean La Fontaine.

CAPÍTULO XII – CONCLUSÕES

1. A consagração, em texto legislativo, das declarações antecipadas de vontade em matéria de cuidados de saúde traduz, no contexto do consentimento informado, uma "conquista civilizacional" e mergulha as suas raízes numa "visão humanista das relações inter-pessoais"⁷⁹². Longe estamos do paternalismo médico de tipo forte⁷⁹³, com fundamento na ética hipocrática. O fundamento do amor do asclepiáde hipocrático à sua arte era o amor ao homem, a filantropia (*philanthropie*). Hoje, o personalismo ético é muito mais exigente.
2. As declarações antecipadas de vontade em matéria de cuidados de saúde incluem o chamado 'testamento vital' (directiva antecipada de vontade) e o procurador de cuidados de saúde, e enquadram-se na doutrina do consentimento informado para o acto médico.
3. É possível, através das declarações antecipadas de vontade em matéria de cuidados de saúde, proceder a limitações aos direitos de personalidade, através da vontade naquelas manifestada e do consentimento e/ou dissentimento esclarecido.
4. O consentimento e/ou dissentimento constante das declarações antecipadas de vontade em matéria de cuidados de saúde, enquanto expressão da autonomia pessoal, pode (e deve) ser exercido em conformidade com a lei, ordem pública, o princípio da dignidade da pessoa humana, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, a liberdade de consciência, religião e culto, o respeito pela diversidade e multiculturalismo e o princípio da proporcionalidade.
5. O direito à vida não é absoluto. É inviolável, no sentido de que não pode sofrer atentado alheio à vontade do seu titular, mas é disponível pelo respectivo titular.
6. Por isso, o testamento biológico – *rectius*, as declarações antecipadas de vontade em matéria de cuidados de saúde - vêm a configurar uma manifestação da

⁷⁹² Para utilizar as expressões de Rui Nunes e Helena Pereira de Melo, *op. cit.*, pp.13 e 17.

⁷⁹³ Sobre a diferença entre paternalismo forte (ou duro) e fraco, v. Joel Feinberg, *Legal Paternalism*, Can J. Philosop., 1971, I, pp.105-124.

dignidade da pessoa humana, enquanto autodeterminação, ao ter escolha e palavra a dizer sobre o seu corpo, a sua vida e, até, sobre a sua morte.

7. A capacidade para consentir (e dissentir) em matéria de cuidados de saúde é um novo ramo da capacidade de exercício (ou de agir). O objecto do conceito de capacidade para consentir é a capacidade de tomar uma decisão racional sobre os riscos e sacrifícios dos seus próprios bens jurídicos, compreendendo, em abstracto, os seus critérios de decisão. A exigência de maioridade para outorgar declaração antecipada de vontade em matéria de cuidados de saúde, consagrada no artigo 4º alínea a) da Lei nº25/2012, não pode deixar de considerar-se ferida de inconstitucionalidade.
8. A exigência da denominada actualidade da declaração antecipada de vontade em matéria de cuidados de saúde é inconstitucional, por violação do princípio da dignidade da pessoa humana, do direito ao livre desenvolvimento da personalidade e ainda da liberdade de consciência e religião.
9. A declaração antecipada de vontade em matéria de cuidados de saúde é declaração negociais, unilateral, não recipianda e sujeita a forma especial.
10. O regime legal instituído pela Lei nº25/2012 – sem prejuízo de constituir um marco inegavelmente importante – contém imprecisões terminológicas, confusão de conceitos, lacunas e mesmo violação de princípios constitucionais.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV:

- Prise de Position nº 17/2011 da Commission Nationale d'éthique pour la médecine humaine (Em linha), (consulta em 15.05.2016) – disponível em http://www.nek-cne.ch/fileadmin/nek-cne-dateien/Themen/Stellungnahmen/fr/NEK-CNE_Directives_Anticipées.pdf
- Parecer Nº 59/CNEV/2010 do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, Dezembro de 2010, (Em linha), Consultado em 19.05.2016). Disponível em http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1293115760_Parecer%2059%20CNECV%202010%20DAV.pdf
- Dicionário da Língua Portuguesa, Porto Editora, Porto, 2008
- Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, Tomo II, Temas e Debates, 2003
- Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Coimbra Editora, 1999
- Coleção Bioética, O Consentimento Informado, Atas do I Seminário promovido pelo Conselho Nacional de Ética para as Ciências da vida (30 a 31 de Março de 1992) Presidência do Conselho de Ministros, Imprensa Nacional-Casa da Moeda

ABREU, JORGE MANUEL COUTINHO DE - Do Abuso de Direito, Ensaio de um Critério em Direito Civil e nas Deliberações Sociais, Almedina, Coimbra, 1983

ADORNO, R. - The right not to know: an autonomy based approach, *in* Journal of Medical Ethics 2004, 30, pp.435-439, (Em linha). (Consultado em 15.05.2016), disponível em <http://jme.bmj.com/content/30/5/435.full>.

ALBUQUERQUE, PAULO PINTO - Comentário do Código Penal (Á Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem), Universidade Católica Editora, Lisboa, 2008

ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE – Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, Almedina, Coimbra, 1987

ANDRADE, MANUEL A. DOMINGUES DE - Teoria Geral da Relação Jurídica, Vol. II, reimp., Almedina, Coimbra, 2003

ANDRADE, MANUEL DA COSTA:

- Consentimento e Acordo em Direito Penal (contributo para a fundamentação de um paradigma dualista), reimpressão, Coimbra Editora, 2004

- Consentimento em Direito Penal Médico, O consentimento presumido, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 14, nºs 1 e 2, Janeiro-Junho 2004, Coimbra Editora, 2004

- As lesões corporais (e a morte) no desporto, in Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pp. 675-720

ARAÚJO, M. SILVA et al. - As Técnicas Modernas de Reanimação; Conceito de Morte; Aspectos Médicos, Teleológico-morais e Jurídicos, Porto, Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 1973

ARIAS, DAVID RODRÍGUEZ – Una Muerte Razonable , Testamento Vital y Eutanasia, in colección Ètica Aplicada, Editorial Desclée de Brouwer,S.A, 2005

ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA:

- Pessoa, Direitos Fundamentais e Direito da Personalidade, *in* Revista Mestrado em Direito, Osasco, Ano 6, N.1, 2006
- O Direito, Introdução e Teoria Geral, 13ª edição refundida, Almedina, 2005
- Direito Civil, Teoria Geral, Volume II (Acções e Factos Jurídicos), 2ª edição, Coimbra Editora, 2003
- Direito Civil, Teoria Geral, Volume III (Relações e Situações Jurídicas), Coimbra Editora, 2002
- A Reserva da Intimidade da Vida Privada e Familiar, *in* Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, vol. XLIII – Nº 1, Coimbra Editora, 2002
- Direito Civil, Teoria Geral, Volume I (Introdução, As Pessoas, Os Bens), 2ª edição, Coimbra Editora, 2000
- Direito e Bioética, *in* Direito de Saúde e Bioética, Lex (Lisboa), 1991, pp. 7-38
- As Relações Jurídicas Reais, Livraria Morais Editora, 1962

ASSIS, OLNEY QUEIROZ – Princípio da autonomia da vontade x princípio da boa-fé (objectiva), Uma investigação filosófica com repercussão na teoria dos contratos, *in* Jus Navegandi, Teresina, a.9, n. 593, 21 Fev. 2005, (Em linha). (Consultado em 19.05.2016) Disponível em <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6349>

BARROSO, LUÍS ROBERTO - Princípio da dignidade da pessoa humana: uma contribuição para a densificação do seu conteúdo, *in* Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, Volume III, Direitos e Interconstitucionalidade: entre Dignidade e Cosmopolitismo, Studia Iuridica 104, Ad Honorem 6, pp.123-150.

BETANCOR, JUANA TERESA - El Testamento Vital, *in* Eguzkilore, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminologia, nº9, San Sebastián, 1995, pp.97-112

BRITO ANTÓNIO JOSÉ DOS SANTOS LOPES DE e RIJO, JOSÉ MANUEL SUBTIL LOPES - Estudo Jurídico da Eutanásia em Portugal, Direito Sobre a Vida ou Direito de Viver?, Coimbra, Almedina, 2000

BRITO, MÁRIO - Código Civil Anotado, Volume I, Tomo I, edição do autor, 1967

BRITO, TERESA QUINTELA et al. - Crimes Contra a Vida: Questões Preliminares, *in* Direito Penal – Parte Especial: Lições, Estudos e Casos, Coimbra Editora, Coimbra, 2007

BRONZE, FERNANDO JOSÉ - Lições de Introdução ao Direito, Coimbra Editora, 2002

CAMPOS, DIOGO LEITE DE – Nós, Estudos sobre o Direito das Pessoas, Almedina, Coimbra 2004

CANARIS, CLAUS-WILHELM - Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito, 3ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2002 (tradução de A. Menezes Cordeiro do original alemão “*Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*”, Berlim, 1983),

CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES - Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 4ª edição, Almedina, Coimbra, 2000

CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES e MOREIRA, VITAL - Constituição da República Portuguesa Anotada, 3ª. edição revista, Coimbra Editora, 1993

CÁNOVAS, DIEGO ESPÍN

- Los Limites de la Autonomia de la Voluntad Privada, Separata da Revista da Faculdade de Direito de Lisboa, Vol. XI, Lisboa, 1957

- Las nociones de orden público y buenas costumbres como limites de la autonomia de la voluntad en la doctrina francesa, *in* Anuario de Derecho Civil, Tomo XVI, Fasciculo III, Julio-Septiembre MCMLXIII

CARVALHO, ORLANDO DE:

- Teoria Geral do Direito Civil, (sumários desenvolvidos para uso dos alunos do 2º ano, 1ª turma, do Curso Jurídico de 1980/81), pol., Centelha, Coimbra, 1981

- Para uma Teoria da Relação Jurídica Civil, I, A Teoria Geral da Relação Jurídica, seu sentido e limites, Centelha, Coimbra, 1981

CHAPARRO, JUAN CARLOS ARMENTEROS - Objeción de conciencia a lás tratamientos médicos : la cuestión de la pátria potestad, Editorial Colex, 1997.

COELHO, FRANCISCO PEREIRA e OLIVEIRA, GUILHERME DE – Curso de Direito da Família, Vol. I, Introdução, Direito Matrimonial, 3ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2003

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES:

- Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral, Tomo III, Almedina, Lisboa 2004

Tratado de Direito Civil Português I Parte Geral, Tomo IV, Exercício Jurídico, Almedina, Coimbra, 2004

- Os direitos de personalidade na civilística portuguesa, *in* Estudos em Honra do Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles, 1º volume, 2002

- Da Boa Fé no Direito Civil, 2ª reimpressão, Almedina, 2001

- Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral, Tomo I, 2ª edição, Almedina, Lisboa 2000

CORREIA, FERRER - A procuração na teoria da representação voluntária, *in* Estudos Jurídicos, II – Direito civil e comercial. Direito criminal, 2.ª edição, (reimpressão), Coimbra, 1995, pp.. 30-32.

COSTA, JOSÉ DE FARIA - O Perigo em Direito Penal, reimp., Coimbra Editora, Coimbra, 2000,

CUPIS, ADRIANO DE:

- La solidarietà umana nel Diritto Civile, *in* Rivista di Diritto Civile, Anno XXI, 1985, Parte Seconda, Cedam, Pádova, 1985, pp. 621-624

- Os Direitos de Personalidade, Moraes, Lisboa, 1961

DIAS, AUGUSTO SILVA – A relevância jurídico-penal das decisões de consciência, Almedina, Coimbra, 1986

DIAS, JOÃO ÁLVARO – Procriação Assistida e Responsabilidade Médica, *in* Stvdia Ivridica 21, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra, 1996

DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO - Na era da tecnologia genética: que caminhos para o direito penal médico?, *in* Revista Portuguesa de Ciência Criminal, 14 (2004), pp.241-260

DINIZ, MARIA HELENA - O estado actual do biodireito, 2ª ed., Saraiva, São Paulo, 2002,

FARIA, MARIA PAULA RIBEIRO DE - A «lei do sangue» - ou o conflito entre o respeito pela autonomia da pessoa e a defesa da vida e a integridade física, *in* Direito e Justiça, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Volume XII, Tomo 1, 1998, pp.259-275

FEINBERG, JOEL - Legal Paternalism, *Can J. Philosop.*, 1971, I

FERNANDES, LUÍS A. CARVALHO - Teoria Geral do Direito Civil I (Introdução, Pressupostos da Relação Jurídica), 3ª edição revista e actualizada, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2001

FERRI, GIOVANNI B. - Ordine Pubblico, Buon Costume e la Teoria del Contratto, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1970

FIGUEIREDO, ANDRÉ - O princípio da proporcionalidade e a sua expansão para o direito privado, *in* Estudos Comemorativos dos 10 Anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Almedina, Coimbra, 2008

FIGUEROA, PABLO - Universales «versus» Absolutos, Una Crítica Filosófica al Relativismo Cultural, *in* Persona y Derecho, 48, 2003, pp. 159-197.

FREUD, SIGMUND - O Mal-Estar na Civilização, trad. José Octávio de Aguiar Abreu, Abril Cultural, S. Paulo, 1978

FRISON-ROCHE – Remarques sur la distinction de la volonté e du consentement en droit dês contrats, *in* Revue Trimestrielle de Droit Civil, a. 9, n. 3 (juillet-septembre 1995), Paris, pp. 573-578

FONSECA, TIAGO SOARES DA - A tutela judicial civil dos direitos de personalidade - Um Olhar Sobre a Jurisprudência, (Em linha). (Consultado em 18.05.2016). Disponível em http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idsc=47773&ida=47781

GIRARD, NATHALIE - Le consentement du mineur aux soins médicaux, Lés éditions Yvon Blais, Inc., Cowansville, 1993

GIULLIANO, A. – La volontà nel diritto, *in* Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni, a. 57, n. 1-2 (Gennaio-Febbraio), 1959, Parte Prime, Padova, pp. 73-75

GODINHO, INÊS FERNANDES - Eutanásia, Homicídio a Pedido da Vítima e os Problemas de Comparticipação em Direito Penal, Coimbra Editora, Coimbra, 2015

GOMES, MANUEL JANUÁRIO DA COSTA - Em tema de revogação do mandato civil, Coimbra, 1989,

GÓMEZ, C. LILIANA SOTO - Manifestaciones Anticipadas de la Voluntad: una propuesta filosófica legitimadora desde el pensamiento utilitarista de Herbert Spencer y John Stuart Mill, Tesis para obtener el título de licenciada en Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., Janeiro de 2007

GONÇALVES, JOSÉ ANTÓNIO SARAIVA FERRAZ – A Boa Morte: Ética no fim da Vida, 3º Curso de Mestrado em Bioética, Faculdade de Medicina da Universidade do Porto, Bioética, Porto, 2006

GONÇALVES, LUIZ DA CUNHA - Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português, Volume IV, Coimbra editora, Coimbra, 1931

GONZÁLEZ, JOSÉ ALBERTO - Testamento Vital e Procuração de Cuidados de Saúde, Quid Juris, Lisboa, 2013, p.13.

GONZÁLEZ, MARIA PAZ SÁNCHEZ- La impropriamente llamada objeción de conciencia a los tratamiento médico, Tirant lo Blanch, Valencia, Tirant Monografias, 2001

GONZÁLEZ, MIGUEL ÁNGEL SÁNCHEZ – Informe sobre Instrucciones Previas, in Consejería de Sanidad y Consumo, Dirección General de Aseguramiento y Atención al Paciente, Subdirección General de Bioética y Orientación Sanitaria, Comunidad de Madrid, 2005

GUICHARD, RAÚL - Sobre a Distinção entre Núncio e Representante, in Scientia Iuridica, Julho-Dezembro de 1995, Tomo XLIV, Números 256/258, Braga, pp. 317-329

GUIMARÃES, MARIA NAZARETH LOBATO - Ainda sobre menores e consultas de planeamento familiar, in Revista do Ministério Público, ano 3º, Vol. IX, 1982, pp. 193-201.

HOMEM, ANTÓNIO PEDRO BARBAS e FREITAS, PEDRO CARIDADE DE – Ensaaios Clínicos, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles, IV Volume, Novos Estudos de Direito Privado, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 341-354

HORSTER, HEINRICH EWALD – A Parte Geral do Código Civil Português (Teoria Geral do Direito Civil), 2ª reimpressão da edição de 1992, Almedina, 2003

HOYOS, ILVA M. - De la dignidad humana como excelencia del ser personal,: el aporte de Javier Hervada, in Persona y Derecho, Universidad de Navarra, Faculdade Derecho, N.52, Pamplona, 2005

JORGE, FERNANDO DE SANDY LOPES PESSOA – Ensaio Sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil, reimp., Livraria Almedina, Coimbra, 1999

JÚNIOR, CASSIO M. C. PENTEADO - O relativismo da autonomia da vontade e a intervenção estatal nos contratos, in Jus Navegandi, Teresina, a. 7, n. 63, mar. 2003, (Em linha). (Consultado em 19.05.2016). Disponível em <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3805>.

KANT, IMMANUEL - Metafísica dos Costumes, Parte II. Princípios Metafísicos da Doutrina da Virtude, Ed.70, Lisboa, 2004

KAUFL, MICHAEL - Advance Directives – the reform debate in Germany, in *O Sentido e o Conteúdo do Bem Jurídico Vida Humana*, (coord. José de Faria Costa e Urs Kindhauser), Coimbra Editora, Coimbra, 2013, pp. 161-177

LARENZ, KARL – Metodologia da Ciência do Direito, 3ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1997

LEAL-HENRIQUES, MANUEL e SIMAS SANTOS, MANUEL - Código Penal Anotado, Vol.II, Rei dos Livros, 2ª edição, Lisboa, 1996

LEANDRO, ARMANDO - Temas de Direito da Família, Livraria Almedina, Coimbra, 1986

LERNER, NATAN - Protección Internacional de la Diversidad Cultural, *in Persona y Derecho*, 48, 2003, pp. 143-158.

LIMA, PAULO BERNARDO LINDOSO E - A efectivação do direito à dignidade no fim da vida: a necessidade de assegurar um novo direito, in *RIDB, Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Ano 3 (2014), nº6, Lisboa, 2014,

LIMA, PIRES et al - Código Civil Anotado, Volume I (artigos 1º a 761º), 2ª edição revista e actualizada, Coimbra Editora, 1979

LOUREIRO, JOÃO CARLOS:

- Bios, Tempo(s) e Mundo(s): Algumas Reflexões sobre Valores, Interesses e Riscos no Campo Médico, *in Studia Iuridica*, 101, Ad Honorem – 5, Boletim da Faculdade de

Direito, Universidade de Coimbra, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Figueiredo Dias, Volume IV, Coimbra Editora, 2010, pp.195-230

- Metáfora do Vegetal ou Metáfora do Pessoal? - Considerações jurídicas em torno do estado vegetativo crónico, *in* Cadernos de Boética, 8, 1994

- Os rostos de Job: tecnociência, direito, sofrimento e vida, *in* Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. LXXX (2004)

MAC CROIRIE, BENEDITA:

- Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares, Almeida, Coimbra, 2013

- O recurso ao princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Tribunal Constitucional, *in* Estudos em comemoração do 10º Aniversário da Licenciatura em Direito da Universidade do Minho, Almedina, 2004, pp. 151-174

MANZANO, PABLO GARCIA MANZANO - Libertad de Creencias y Dimensión Pública de las Convicciones Religiosas, *in* Persona y Derecho, 45, 2001

MARINHO, JOSAPHAT - Os direitos da personalidade no Projecto de novo Código Civil brasileiro, *in* Portugal-Brasil, Ano 2002, tema Direito, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 247-261.

MARQUES, DANIELA DE FREITAS - Tudo sofre a mesma prova: o novo Código Civil brasileiro e o sistema penal e processual penal, *in* Revista da Faculdade de Direito da universidade de Minas Gerais, Belo Horizonte, nº 42 (Julho-Dezembro 2002), pp. 115-121

MARQUES, MÁRIO REIS - A Dignidade Humana como Prius Axiomático, *in* Manuel da Costa Andrade, Maria João Antunes, Susana Aires de Sousa, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Volume 4, Studia Iuridica 101, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 541-566.

MARTINS, ROSA CÂNDIDO - A criança, o adolescente e o acto médico. O problema do consentimento, *in* Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977, Volume I (Direito da Família e das Sucessões), Coimbra Editora, 2004, pp.791-831

MASSINI, CARLOS I. – Multiculturalismo y Derechos Humanos, Las Propuestas Liberales y el Iusnaturalismo Realista, *in* Persona y Derecho 48 – 2003, pp. 63-95

MELO, HELENA E NUNES, RUI:

- Parecer N° p/05/APB/06 sobre directivas antecipadas de vontade, da Associação Portuguesa de Bioética, (Em linha), (Consultado em 15.05.2016), disponível em http://www.apbioetica.org/fotos/gca/12802556471148471346directivas_medicas_parecer_05.pdf. Associação Portuguesa de Bioética, www.apbioetica.org

- Projecto de Diploma N° P/06/APB/06, que regula o exercício do direito a formular directivas antecipadas de vontade no âmbito da prestação de cuidados de saúde e cria o correspondente registo nacional, (Em linha); (Consultado em 15.05.2016). Disponível em http://www.apbioetica.org/fotos/gca/12802554221200319873p_06_apb_06_testamento_vital.pdf.pdf

MELO, HELENA PEREIRA DE:

- Uma vida digna até à morte: cuidados paliativos no direito português, *in* Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Volume IV, Studia Iuridica 101,

Ad Honorem – 5, Universidade de Coimbra, Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra Editora, 2010, pp.665-683

- O Direito a Morrer com Dignidade, pp.69-80, *in Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Centro de Direito Biomédico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra editora Ano 3-nº6-2006, pp.69-79

MENDES, JOÃO DE CASTRO – Teoria Geral do Direito Civil, I, II, AAFDL, Lisboa, 1978

MIRANDA, ELIANI – Desejo previamente Expressos. Artigo 9º da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina.pp.65-119, *in Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de - Direito da Saúde, Centro de Direito Biomédico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra editora Ano 1-nº1-2004, pp.63-82

MODERNE, FRANCK - La dignité de la personne comme principe constitutionnel das les constitutions portugaise et française, *in Perspectivas Constitucionais nos 20 Anos da Constituição de 1976*, Volume I (coord. Jorge Miranda, Coimbra Editora, 1996, pp.197-230

MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO - Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil, Separata do vol. XXVIII do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, Coimbra , 1985

NETO, FRANCISCO DOS SANTOS AMARAL – A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica (perspectivas estrutural e funcional), *in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Ferrer-Correia*, II, Boletim da Faculdade de Direito, Número Especial, Coimbra, 1989, pp. 5-41

NETO, LUÍSA – O Direito Fundamental à Disposição Sobre o Próprio Corpo (a relevância da vontade na configuração do seu regime), Teses e Monografias 5, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Coimbra Editora, 2004

NOVAIS, JORGE REIS - As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição, Coimbra Editora, Coimbra, 2003

NUNES, RUI E MELO, HELENA:

- Testamento Vital, Almedina, Coimbra, 2012

- Projecto de Diploma nº.P/06/APB/06 Que regula o Exercício do Direito a forma Directivas antecipadas de vontade no âmbito da prestação de cuidados de saúde e cria o correspondente Registo Nacional, Associação Portuguesa de Bioética www.apbioetica.org. pp. 1-11

NUNES, RUI - Estudo Nº E/17/APB/10 da Associação Portuguesa de Bioética (em linha), (consultado em 15.05.2016), disponível em http://www.apbioetica.org/fotos/gca/1284923005parecer-testamento_vital.pdf.

NYS, HERMAN - Emerging legislation in Europe on the legal status of advance directives and medical decision-making with respect to an incompetent patient (living wills'), *in* European Journal of Health Law 4, 1997

OLIVEIRA, GUILHERME DE:

- Protecção de Menores, Protecção Familiar, *in* Temas de Direito da Família, 2ª edição aumentada, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito da Família, Coimbra Editora, 2001

- A criança maltratada, in Temas de Direito da Família, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito da Família (1) 2ª. edição aumentada, Coimbra Editora, 2001
- O fim da Arte Silenciosa (O dever de informação dos médicos) in Temas de Direito da Medicina, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito Biomédico (1), Coimbra Editora, Coimbra, 1999
- Estrutura Jurídica do Acto Médico. Consentimento Informado e Responsabilidade Médica, in Temas de Direito da Medicina, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito Biomédico, Coimbra Editora, 1999, pp. 59-72
- O Acesso dos Menores aos Cuidados de Saúde, in Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 132º, nº 3898. Guilherme de Oliveira – O acesso dos menores aos cuidados de saúde, in Temas de direito da medicina, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito Biomédico (1), Coimbra Editora, 1999

OLIVEIRA, NUNO MANUEL PINTO – O Direito Geral de Personalidade e a “Solução do Dissentimento” – Ensaio sobre um caso de “constitucionalização” do Direito Civil, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito Biomédico (5), Coimbra Editora, Coimbra, 2002

OTERO, PAULO- Direito da Vida (Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de ensino), Almedina, Coimbra, 2004

PEREIRA, ANDRÉ GONÇALO DIAS – O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente, Estudo de Direito Civil, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito Biomédico (9), Coimbra Editora, Coimbra, 2004

PERELMAN, CHAIM – Ética e Direito, tradução de Maria Ermantina Galvão, Martins Fontes, São Paulo, 1996

PINA, J. A. ESPERANÇA - A Responsabilidade dos Médicos, Lidel Edições Técnicas, 2ª edição, Lisboa, 1998

PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA:

- Teoria Geral do Direito Civil, 4.ª edição (por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto), Coimbra Editora, 2005
- Teoria Geral do Direito Civil, 3ª edição, Coimbra, 1985

PINTO, PAULO MOTA:

- A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, in Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues, Volume II, Coimbra Editora, 2001, pp. 527-558
- O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade, *in* Portugal-Brasil Ano 2000, tema Direito, Studia Iuridica, 40, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, pp. 149-246
- Os direitos de personalidade no Código Civil de Macau, *in* Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. LXXVI, Coimbra, 2000, pp. 205-250.

QUEIROZ, CRISTINA – Autonomia e Direito fundamental à Liberdade de Consciência, Religião e Culto. Os limites da intervenção do poder público, *in* Estudos em Comemoração dos cinco anos (1995-2000) da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Coimbra Editora, 2001, pp. 291-343

RAIMUNDO, DIANA SARA LOPES - A Figura do Procurador de Cuidados de Saúde – reconhecimento da autodeterminação preventiva e/ou exercício delegado de direitos

fundamentais?, dissertação de mestrado em Direito (área de Ciências Jurídico-Políticas), Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2012,

RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO PALMA - Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais da Pessoa, in Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço, Volume II, Almedina, Coimbra, 2002

RAMOS, HENRIQUE VILAÇA - O doente perante o seu fim : autonomia ou paternalismo?, *in* Cadernos de Bioética, ano XII, nº. 3 (Dezembro 2003), Coimbra, pp. 17-26.

RAPOSO, VERA LÚCIA:

- Biodireitos: the new kids on the juridical playground”, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, Volume III, Direitos e Interconstitucionalidade: entre Dignidade e Cosmopolitismo, Coimbra Editora, 2012, pp.811-833

- Directivas Antecipadas de Vontade: em busca de lei perdida, *in* Revista do Ministério Público 125:Janeiro:Março 2011, pp.169-217

- No dia em que a morte chegar (decifrando o regime jurídico das directivas antecipadas de vontade), *in* Revista Portuguesa do Dano Corporal, Dezembro de 2013, Ano XXII, Nº24, pp.79-109

REGO, AMÉLIA E COELHO, SÍLVIA - Ponderação sobre a qualidade de vida e a liceidade moral para deixar morrer, *in* Revista Portuguesa de Bioética, 13, 2011, pp.75-89

REI, MARIA RAQUEL ALEIXO ANTUNES - Da Interpretação da Declaração Negocial no Direito Civil Português, Tese de Doutoramento em Direito, ramo de Ciências Jurídicas, na especialidade de Direito Civil, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2010

RESTA, GIORGIO – La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della Carta dei Diritti), in Rivista di Diritto Civile, Anno XLVIII, N° 6 Novembre-Dicembre, 2002, CEDAM, Padova, 2002, pp. 801-848

RIBEIRO, GERALDO ROCHA - A Protecção do Incapaz Adulto no Direito Português, Coimbra Editora, 2010

RIBEIRO, JOAQUIM DE SOUSA – O Problema do Contrato, As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual, Almedina, Coleção Teses, reimpressão, Coimbra, 2003

RODRIGUES, ÁLVARO DA CUNHA GOMES RODRIGUES - Consentimento Informado – Pedra Angular da Responsabilidade Criminal do Médico, Direito da Medicina I, Centro de Direito Biomédico (6) da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2002

RODRIGUES, JOÃO VAZ – O Consentimento Informado para o Acto Médico no Ordenamento Jurídico Português, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito Biomédico (3), Coimbra Editora, 2001

RODRÍGUEZ-ARIAS, DAVID - Una Muerte Razonable , Testamento Vital y Eutanasia, colección Ètica Aplicada, Editorial Desclée de Brouwer,S.A, 2005, p.32.

SÁ, FERNANDO AUGUSTO CUNHA DE - Abuso do Direito, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal (Centro de Estudos Fiscais da Direcção Geral das Contribuições e Impostos, Ministério das Finanças), Lisboa, 1973, pp. 188-209.

SÁNCHEZ, CRISTINA LÓPEZ – Testamento Vital y Voluntad del Paciente (conforme a la Ley 41/2002, de 14 de Noviembre), Dykinson, 2003

SANTOS, JUAN CASTRILLO – Autonomia e heteronomia de la voluntad en los contratos, *in* Anuário de Derecho Civil, Tomo II, Fascículo II (Abril-Junio), 1949, Madrid, pp. 565-605

SARAMAGO, JOSÉ - As Intermitências da Morte, Porto Editora, 2014

SEGADO, FRANCISCO FERNÁNDEZ - La dignidade de la persona como valor supremo del ordenamento jurídico espanhol y como fuente de todos los derechos, *in* Rivista de Scienze Giuridiche, Ano L, Maggio-Agosto, Milano, 2003, pp.201-233

SERRA, ADRIANO PAES DA SILVA VAZ:

- Causas Justificativas do Facto Danoso, *in* Boletim do Ministério da Justiça, nº 85, Abril, 1959, pp.5-699

- Objecto da Obrigação, A prestação – suas espécies, conteúdo e requisitos, *in* Separata do Boletim do Ministério da Justiça, nº 74, Lisboa, 1958

SILVA, JOÃO NUNO CALVÃO DA - Procuração (artigo 116.º do Código do Notariado e artigo 38.º do Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março), (Em linha). (Consultado em 18.05.2016). Disponível em http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idsc=64444&ida=64453.

SILVA, MANUEL DUARTE GOMES DA – Esboço de uma concepção personalista do Direito (reflexões em torno da utilização do cadáver humano para fins terapêuticos e científicos),

in Separata da “Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa”, Vol. XVII, Lisboa, 1965

SILVA, PAULA MARTINHO DA:

- Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina, Anotado, Edições Cosmos, Lisboa, 1997

- Estrutura jurídica do acto médico, consentimento informado e responsabilidade civil da equipa de saúde ou do médico, *in* “O Consentimento Informado: Actas do I Seminário promovido pelo Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (30 a 31 de Março de 1992)”, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1992

PEDRO F. SILVA-RUIZ - El derecho a morir com dignidade y el testamento vital, *in* Boltetin de Informacion, Ano XLVI, 25 Octubre 1992, N°1651, Madrid, pp.5678-5689

SIMÓ, PAU AGULLES – Revisando el Llamado "Testamento Vital", *in* Cuadernos de Bioética, XXI, Asociación Espanola de Bioética y Ética Médica, 2010, pp.169-183

SIURANA, JUAN CARLOS – Voluntades Antecipadas -Una alternativa a la muerte solitaria, Editorial Trotta, Madrid, 2005

SOBRAL, ANA MARIA ESPADA - O Testamento Vital: legalização da eutanásia?, dissertação apresentada para a obtenção do grau de Mestre em Direito, Universidade Autónoma de Lisboa, Lisboa, Junho de 2004,

SOUSA, RABINDRANATH CAPELO DE:

- Teoria Geral do Direito Civil, Volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 2003

- O Direito Geral de Personalidade, Coimbra Editora, Coimbra, 1995

STANCIOLI, BRUNELLO - Sobre os Direitos da Personalidade no Novo Código Civil Brasileiro, (Em linha). (Consultado em 18.05.2018). Disponível em <http://www.hottopos.com/videtur27/brunello.htm>.

TAPIA, JOSÉ MIGUEL RODRÍGUEZ – Autorización y Cesión: el consentimiento para la intromisión en derechos inalienables, *in* Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Luís Díez-Picazo, Tomo I (semblanzas), Derecho Civil (Parte General), Thomson, Civitas Ediciones, Madrid, 2003, pp. 861-888

TRABUCO, CLÁUDIA – Dos contratos relativos ao direito à imagem, *in* O Direito, Ano 133º, II (Abril-Junho), 2002, pp. 389-459

VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE:

- Teoria Geral do Direito Civil, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2003

- A Natureza das Coisas, *in* Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel Gomes da Silva, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2001

- Teoria Geral do Direito Civil, Relatório, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Suplemento, Lisboa, 2000

VENUTI, MARIA CARMELA– Integrità della persona e multiethnicità, *in* Famíia, Rivista di diritto della famiglia e delle successioni in Europa, 3, Iuglio-Settembre 2003, Giuffrè Editore, 2003

VÍTOR, PAULA TÁVORA – Procurador para Cuidar de Saúde: Importância de um novo decisor, *in* Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Centro de Direito Biomédico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra editora Ano 1-nº1-2004, pp.121-134